TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MÓNICA MARÍA HIGUITA RESTREPO contra CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-CAFAM-. Radicación No. 11001-31-05-012-**2020-00379-**01.

Bogotá D. C. primero (1º) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia de fecha 9 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante, el 27 de octubre de 2020, instauró demanda ordinaria laboral contra la Caja de Compensación Familiar-CAFAM para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente del 11 de abril de 1991 al 7 de febrero de 2020; que devengaba un salario integral mínimo mensual; que dicha relación terminó de manera unilateral por parte de la demandada sin agotar el debido proceso, vulnerando el derecho a la defensa por falta de legalidad de las causales imputadas y vulneración del derecho a la defensa. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba, en las mismas condiciones de salario, funciones, ubicación y demás garantías que ostentaba en CAFAM, junto con el pago del salario y demás acreencias laborales causadas, de forma indexada, lo que resulte conforme "*a las facultades Ultrapetita y Extrapetita que otorga la Ley",* y al pago de costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, solicita se declare

que el contrato fue terminado de manera unilateral y sin justa causa, por parte del empleador y se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo estipulado en el Art. 64 del C.S.T., debidamente indexada, los demás derechos con base en las facultades *Ultra y Extra Petita y las costas y agencias en derecho.*

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que entre las partes existió un contrato a término indefinido que inició el 11 de abril de 1991, en el cargo de *ANALISTA DE SUBSIDIO;* que a partir del 1 de abril de 2005 ostentó el cargo de "*nivel de jefatura denominado "JEFE DE SECCIÓN GESTIÓN INFORMACIÓN",* desde esa fecha y hasta su desvinculación; el salario devengado fue el mínimo integral. Señala que el 7 de febrero de 2020, fue despedida bajo presunta justa causa. Aduce que tenía a su cargo 46 empleados distribuidos en tres grupos: *"una (1) coordinadora y diecisiete (17) miembros que conformaban el grupo de* ***PQRS;*** *una (1) coordinadora y seis (6) miembros que conformaba el grupo de* ***pagos de cuota monetaria;*** *una (1) administradora y veinte (20) miembros que conforman el grupo de* ***administración de tarjeta";*** que en el año 2017, le fue asignado un nuevo grupo, el de *Administración Tarjeta Integral*, sin cambio en su guía ocupacional ni funciones a cargo y que en diciembre de ese año las coordinadoras de los grupos fueron cambiadas por otras con menor experiencia, por lo que la carga laboral de ella aumentó considerablemente. Manifiesta que en mayo de 2018 se le asignaron 2 trabajadores más, exclusivamente para atención al público. Indica que, en diciembre de 2018, CAFAM cambió el procedimiento de afiliación de los trabajadores de sus empresas afiliadas, lo que incrementó las PQRS, en más del 50% de casos recibidos. Señala que "*en junio de 2019 CAFAM cambió nuevamente el procedimiento de afiliaciones de las personas trabajadoras en empresas afiliadas a su Caja de Compensación Familiar, para que fguera (sic) realizado únicamente por registro en página WEB; nuevamente incrementando los PQRS en más del 40% de casos recibidos, por lo cual se solicitó refuerzo de personal para adelantar los procedimientos que deben surtirse en todas sus etapas (investigación análisis respuestas), lo cual genera tiempos y personal para su solución, pero esa solicitud fue denegada por la jefe del departamento".* Y que, en agosto de 2019, CAFAM retiró a la trabajadora que ejercía el cargo de coordinador (a) de Gestión de Información del grupo de *pagos de cuota monetaria*, por lo que solicitó el reemplazo, solicitud que fue negada. Frente a los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo aduce que "*el 22 de enero de 2022 a las* ***8:09 p.m.*** *se le asignó, la tarea de dar respuesta al oficio* ***2-2020-004;89,*** *emitido por la Superintendencia del Subsidio Familiar, para que "… justificara las variaciones que se presentaron en el número de personas a cargo y en el número de cuotas monetarias pagadas*

entre 2018 y 2019…Dicha información era requerida … como parte del proceso de cálculo para la fijación de la cuota monetaria del año 2020 de todas las Cajas de Bogotá y Cundinamarca". (Nivel Nacional también). Señala que se le indicó que la respuesta debía ser enviada el 23 de enero de 2020 a las 10 am, a su superior inmediato, para su revisión, porque el plazo para remitir la respuesta finalizaba a las 5 p.m.; manifiesta que la respuesta fue enviada el 23 de enero de 2020 a su superior inmediato a las 4:00 p.m. luego de que fuera revisada repetidas veces por parte de la señora Luz Marina Teuta Ríos. Aduce que el "*24 de enero de 2020, a primera hora del día laboral (8:30 a.m.), luego de haber revisado exhaustivamente toda la información, advierte a su superior inmediata, haber detectado "… inconsistencia en la información entregada de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019; se había tomado la cantidad de afiliados con pago de cuota monetaria y no la cantidad de personas a cargo pagas".* Manifiesta que realizó todos los actos y procedimientos administrativos necesarios y pertinentes para corregir el error, y el 24 de enero de 2020 a las 9:37 a.m. se envió la información corregida a la Superintendencia del Subsidio Familiar. Señala que CAFAM le formuló pliego de cargos el 30 de enero de 2020, conforme el art. 58 (Num. 1) del C.S.T. y los artículos 60 Numerales 1, 2, 6, 9, 13, 17, 22, 24 y 27 y 62 (57 y 61) del Reglamento Interno de Trabajo. Y que el 7 de febrero de 2020, CAFAM le informa la terminación unilateral y sin justa causa del contrato, precisando que "*… se realizará respecto de las obligaciones que establece el Código Sustantivo de Trabajo en su artículo ? (núm. 1), Asimismo, la adecuación se realiza respecto de la falta grave enunciada en el Reglamento Interno de Trabajo en su artículo 66 (Lit. d) consistente en la violación grave de "las prescripciones de orden, obligaciones o prohibiciones…" que no se invocó en la formulación de cargos y "…específicamente encontramos que en el presente caso se vulneró el Reglamento Interno de Trabajo en sus artículos (sic) Articulo 60 (núm. 1, 2, 6, 9, 13, 17, 222 (sic), 24 y 27) y Artículo 62 (57 y 61)."* Finalmente indicó que "*Consecuencialmente, la demandada, no acredita requerimiento, sanción o multa, por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar, derivada de la supuesta falta "grave", imputada a mi mandante".*

3. El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 4 de diciembre de 2020, admitió la demanda y ordenó notificar a la demandada (PDF 03).

4. CAFAM por intermedio de apoderado judicial contestó oponiéndose a las pretensiones condenatorias de la demanda; frente a los hechos, aceptó el vínculo laboral que existió con la demandante. En cuanto al salario indicó que las partes pactaron que a partir del 1 de febrero de 2004, la

demandante devengaría un salario integral y que el cargo ejecutado al momento de la finalización del contrato fue el de *"Jefe Sección Gestión Información".* Respecto a la terminación del contrato de trabajo aduce "*la Señora Luz Marina Teufa (sic) Ríos (Jefe Departamento Subsidio) le asignó la preparación de la respuesta al oficio No. 2-2020-004089, recomendándole expresamente el cuidado con la consistencia y fiabilidad de los datos, e indicándole que el documento para revisión debía estar listo a las 10:00 a.m. del día 23 de enero de 2020, teniendo en cuenta que ese mismo día a las 5:00 p.m. finalizaba el plazo concedido por la Superintendencia del Subsidio Familiar".* Luego indicó: "*(…) que la respuesta al requerimiento efectuado por la Superintendencia del Subsidio Familiar se envió sobre las 4:00 p.m. del día 23 de enero de 2020, teniendo en cuenta, que la actora de manera verbal le garantizó a la Jefatura del Departamento que la información que Cafam reportó mensualmente a la Superintendencia del Subsidio Familiar no tenía errores, es decir, que las variaciones en el número de personas a cargo y en el numero de cuotas monetarias si se habían presentado en la forma descrita en el oficio No. 2-2020-004089 y en consecuencia, la respuesta solo debía registrar las causas de dichas variaciones".* Asimismo, señaló que "*Es preciso recordar que la necesidad de radicar una nueva respuesta el día 24 de enero de 2020 al requerimiento efectuado por la Superintendencia de Subsidio Familiar, se dio con ocasión del incumplimiento grave por parte de la actora a las instrucciones dada (sic) por su jefe directo respecto a la respuesta errónea diligenciada por la demandante el 23 de enero de 2020".* Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, buena fe de mi representada, prescripción y genérica (PDF 04).

5. Con auto del 10 de marzo de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá tuvo notificada por conducta concluyente a CAFAM, y señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 9 de agosto de 2021 (PDF 05). En dicha diligencia, se adicionó el auto de fecha 10 de marzo del año 2021, en el sentido de tener por contestada la demanda por parte de CAFAM.

6. El Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de agosto de 2021, declaró que el contrato de trabajo que existió entre las partes "*fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador"*, y condenó a la demandada a pagar a favor de la demandante "*a. $440.586.888 por indemnización por despido sin justa causa. b. A la indexación de la suma anterior desde el 10 de febrero de 2020, hasta la fecha de su pago"*, declaró no probadas las

excepciones propuestas por la demandada; y condenó en costas a Cafam, tasándose las agencias en derecho en la suma de $20.000.000 *(*PDF 11).

7. Frente a la anterior decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la condena impuesta por el juez frente a la indemnización por despido sin justa, y señala: *"Hace referencia el a quo al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual según aduce el juez de primera instancia comprende dos hipótesis para la configuración de la justa causa alegada por el empleador. Entonces, en la primera de ellas dice que es cualquier violación grave de las obligaciones de los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y la segunda cualquier falta grave pactada por las partes. En la primera le corresponde al juez evaluar la conducta y calificarla como grave y en la segunda la calificación, pues debe calificarse de grave o debe constar en los actos, como en el Reglamento Interno de Trabajo, contrato de trabajo, pactos y convenios. Y digamos que fue fundamento del juez de primera instancia para condenar a mi representada, aducir que mi representada en la carta de terminación del contrato de trabajo no había citado, digamos, a cuál de estas hipótesis se acogía o sustentaba las causales para dar por terminado el contrato de trabajo, no obstante, desconoce el juez de primera instancia o pasa por alto que en la carta de terminación del contrato de trabajo, si se estableció cuál era la causa que estaba invocando mi representada para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante, entonces me remito precisamente a la carta de terminación en la cual se indica: "Así las cosas, la justa causa invocada para dar por terminado el contrato de trabajo es aquella contemplada en el numeral sexto de la sección a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto es el siguiente: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal, en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. Así pues, entonces, desde un principio el a quo, comete el error de indicar que mi representada no invocó cuál eran las causales que aducía o que servían de sustento para terminar el contrato de trabajo. También desconoció o pasó por alto precisamente que entre mi representada y la demandante desde el contrato de trabajo en las cláusulas primera, sexta y octava se estableció en su cláusula primera el patrono contrata los servicios personales del trabajador y éste se obliga a poner al servicio del patrono toda su capacidad de trabajo en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el patrono o sus representantes. Sexta: son justas causas para poner término a este contrato unilateralmente las enumeradas en el artículo séptimo del decreto del 2351 del 65 y además la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias. Y octava, este contrato ha sido redactado conforme a la ley, y hace parte integrante del mismo Reglamento Interno de Trabajo. Conforme a lo anterior, pues es claro que mi representada desde el contrato de trabajo suscrito con la demandante, pactó con la misma, cuáles serían las justas causas para terminar el contrato de*

trabajo suscrito entre las partes. A su vez, el artículo 55 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual fue debidamente citado en la carta de terminación del contrato de trabajo, establece cuáles son los deberes de los trabajadores y entre ellos se encuentran ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible, recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, con su verdadera intención, que es, en todo caso, la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de CAFAM en general. En el artículo 60 del Reglamento Interno de Trabajo se dispuso, son obligaciones especiales del trabajador: realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular imparta CAFAM o su representante, según el orden jerárquico establecido, ejecutar con la debida diligencia el trabajo que le había sido encomendada, dando mayor y mejor rendimiento posible; dar cumplimiento al contrato de trabajo de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y demás condiciones, así como las funciones descritas en la presente guía ocupacional del cargo. Comunicar oportunamente a CAFAM las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios, reitero oportunamente, aceptar y cumplir instrucciones, procesos y procedimientos que determine CAFAM en forma general o particular, observar diligencia y cuidado en el cumplimiento de instrucciones y órdenes preventivas que imparta CAFAM, con el fin de garantizar la seguridad y protección de los trabajadores de los equipos y bienes de la caja, ejecutar en su caso, el debido control sobre la eficiencia y el rendimiento de sus colaboradores y su equipo de trabajo, aplicando y haciendo cumplir las funciones descritas en las guías ocupacionales, conservar la disciplina que exige el servicio y la buena marcha de caja, cumplir con las demás obligaciones que resulten de la naturaleza del contrato de las disposiciones legales, reglamentos, procesos, instrucciones y normas administrativas que expida o haya expedido CAFAM. Los numerales 57 y 61 del artículo 62 del Reglamento Interno, estipulan: se prohíbe a los trabajadores contravenir los estándares de servicio al cliente que CAFAM haya establecido en forma general o particular. Todo lo demás que resulta de la naturaleza del contrato o de sus cláusulas de las leyes o reglamentos. En este orden de ideas, es preciso indicar al honorable Tribunal Superior de Bogotá que la conducta de la demandante efectivamente configuró la falta grave, que fue previamente convenida por las partes que suscribieron el contrato de trabajo y en virtud del cual la demandante se obligó a darle cumplimiento al Reglamento Interno de Trabajo, de manera que es allí que, pues como efectivamente lo indicó el señor juez de primera instancia, efectivamente aquí corroborado y acreditado que la demandante incumplió a sus obligaciones, esto es el deber de validar y verificar la información que se reportó ante la Superintendencia del Subsidio Familiar y que adicionalmente, pues efectivamente, las partes pactaron como grave las conductas que fueron vulneradas por la demandante y desconocidas por la misma. Entonces es aquí cuando el juez de primera instancia y de manera errónea nuevamente entra a calificar la conducta, aduciendo que en el presente proceso no se logra demostrar el perjuicio ocasionado a CAFAM, porque aduce, según su criterio, se observa por parte de la demandante, que si bien cometió el incumplimiento, si bien conforme lo confesó en el interrogatorio de parte, indicó que

efectivamente ella había incurrido en un error, lo cierto es que se ve por parte de la demandante la voluntad de emendar su error. Entonces y que con esto, no se logró acreditar que efectivamente CAFAM hubiera sufrido un perjuicio, entonces al juez de primera instancia no le parece relevante que mi representada haya tenido que desplegar diferentes actividades en cabeza del director de la caja, para enmendar el error que presentó la demandante. Entonces, cada vez que un trabajador incumpla sus obligaciones, eso no es relevante para el despacho, porque si los trabajadores subsanan el error, eso no es relevante y no es el incumplimiento a las obligaciones, dónde están los acuerdos válidamente celebrados por las partes, dónde entonces quedan las obligaciones que se le imponen tanto el empleador como al trabajador al momento de la suscripción de un contrato de trabajo, entonces, si el empleador no paga el salario de manera oportuna, eso no se toma como un incumplimiento, pero si entonces el trabajador, incumple sus obligaciones y las enmienda al día siguiente eso tampoco debe considerarse como un incumplimiento. Pues esa es la hipótesis que tiene el juez de primera instancia, la cual es desproporcionada en la medida que es claro que acá hay una violación grave a las obligaciones que se impusieron al cargo de la demandante. Entonces aduce el juez de primera instancia que reposa en el expediente el memorando de 30 enero del 2020, donde señala CAFAM que la demandante no efectuó verificación a su cargo de reportar mensualmente de septiembre a noviembre del 2019, es decir, que de conformidad con la descripción de su cargo, es evidente que dicha operación, si estaba en sus funciones, es claro, no obstante, no se observa una visión total, sino una visión parcial e inconsistencias, y que debió ser remitida a la súper, situación que CAFAM la calificó como grave, pues claramente es calificada como grave porque es que se le establecieron de manera expresa cuáles eran las que omitió verificar la información que reportó a la Superintendencia Financiera (sic) en los meses de septiembre, octubre y noviembre del 2019. No obstante, el a quo considera que esto es una omisión parcial y no total y por ende, pues por eso le impone a mi representada el deber de pagarle la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo a favor de la demandante. Asimismo, el juez de primera instancia, de manera errónea, indica como fundamento de su fallo que debió haber existido un control por CAFAM para que efectivamente no se presentaran esas inconsistencias, entonces CAFAM para qué contrató a la demandante, para qué existen cargos delimitados, para qué existen asignación de funciones y determinación de funciones a cada cargo, pues si es que yo estoy contratando una persona idónea que lleva tanto tiempo en la compañía que tiene a su cargo la respuesta a requerimientos formulados por entes de controles desde el año 2014, que el tema no es nuevo para la trabajadora, pues entonces yo para qué la contrato, para qué le estoy pagando un salario, sino es para que cumpla con las actividades que yo le encomendé porque ella es capaz para el efecto. Y entonces el juez ahora está entrando a establecer los procedimientos que debe llevar la caja, entonces diciéndome que era deber de CAFAM implementar una auditoría y que entonces se justifica el actuar de la demandante diciendo que CAFAM no hizo una auditoría pertinente, y entonces yo para qué tengo entonces las actividades que le encomendé a la demandante. Entonces también considera el despacho que si bien la falta existió, la misma no conllevaba la terminación del contrato de trabajo, sino la imposición de

una sanción, entonces se pregunta, esta apoderada cuántas veces tenía que dejar de pasar mi representada el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandante para que la misma constituyera una justa causa a consideración del juez de primera instancia. Precisamente ello reviste importancia la justa causa que aquí se invocó porque no era la primera vez que la demandante cometía dicho error. Ello fue precisamente puesto en consideración por la testigo Luz Marina, quien fue jefe directa y quien indicó de manera clara y detallada que en tiempo anterior, en diciembre del 2018, se le había encomendado un requerimiento a la demandante y también lo había reportado con diferentes inconsistencias; en el desarrollo de la respuesta al requerimiento efectuado por la superintendencia de subsidio familiar del 22 de enero del 2020 se le advierte a la demandante, cuidado con la respuesta a este requerimiento, mire el antecedente que tiene el error que generó inconsistencias, no obstante, omitió pasar por alto estas advertencias, entonces el juez de primera instancia dice que lo subsanó y lo subsanó en tiempo, pues por un día después, a la respuesta al requerimiento, no es que el cumplimiento de las obligaciones son de manera oportuna y de manera expresa como se han pactado, por qué entonces yo para que quiero procedimientos para que se cumplan cuando los trabajadores quieran, no los procedimientos son para cumplirlos y así fue pactado por las partes, no sólo en el contrato de trabajo, sino también en el Reglamento Interno de Trabajo, en el cual la demandante se obliga a cumplir con todas las funciones asignadas con el Reglamento Interno de Trabajo y demás, y que si estos aspectos se llegaban a incumplir éstos se califica como una falta grave, constitutiva como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, desconocido por el juez de primera instancia y finalmente, en lo que tiene que ver digamos como para concluir esa parte, pues entonces es claro que al juez de primera instancia no le era válido entrar a calificar las conductas de la demandante, ni mucho menos la decisión tomada por mi representada, como quiera que por las partes se calificó de manera previa cuáles iban a ser las faltas graves como constitutivas de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, las cuales si se encuentran debidamente acreditados en el expediente-. Y para finalizar en lo que tiene que ver con la indemnización con la cuantía de la indemnización establecida por el juez de primera instancia solicito al H. Tribunal entre a revisar esta suma en la medida que en gracia de discusión sólo en gracia de discusión, porque aquí la justa causa está acreditada y la falta grave está acreditada por parte de mi representada, en gracia de discusión, la liquidación que se debe aplicar es precisamente la establecida en el literal b del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual establece para trabajadores que devengan un salario igual o superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y si el trabajador tuviera más de un año de servicio continuo, se le pagarán 15 días adicionales del salario sobre los 20 días básicos en el numeral anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción, no como de manera errada lo hizo el juez de primera instancia, entonces solicito al Honorable Tribunal entrar validar precisamente el cálculo de la indemnización que fue tasada por parte del juez de primera instancia y finalmente, en lo que tiene que ver con las costas impuestas a cargo de mi representada también le solicitó al Honorable Tribunal en gracia de discusión, como quiera que todas las pretensiones de la

presente demanda están llamadas al fracaso, las costas deben ser impuestas a cargo de la parte demandante y en gracia de discusión, si su honorable tribunal no acoge la teoría a favor de CAFAM debe revisarse las costas que fueron tasadas por el juez de primera instancia en $20.000.000 millones de pesos, suma que resulta del todo desproporcionada en la medida que por parte de mi representada se prestó tal colaboración, tan es así que se trajeron los testigos al proceso y además para que dieran cuenta de los hechos a fin de esclarecer los hechos de la demanda. No obstante, ello no se tuvo en cuenta por el juez de primera instancia. En ese orden de ideas, honorable Tribunal Superior de Bogotá, solicito revise todos y cada uno de los documentos que obran en el expediente, así como las declaraciones que fueron traídas al proceso a favor de CAFAM y también lo que tiene que ver, digamos por las confesiones realizadas por la demandante en su interrogatorio de parte, en este orden de ideas, dejo sustentado el recurso de apelación para que sea concedido anterior".

8. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación, mediante auto del 9 de septiembre de 2021; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual la parte demandante guardó silencio.

9. El apoderado del demandado CAFAM reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y solicitó revocar la condena impuesta en la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022; manifestó que " *en las consideraciones expuestas por el a quo dentro de la sentencia proferida el 09 de agosto de 2021, se incurrió en un yerro por parte del juzgador al indicar que de la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 07 de febrero de 2020 "no se puede evidenciar la causal de incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones vulnerados por la demandante", toda vez, que contrario a ello, de la lectura detallada de carta (sic) de terminación del contrato de trabajo se desprende de manera precisa los hechos y omisiones en las que incurrió la actora (…)".* Asimismo, indicó que si consideraba que en la carta de finalización de vinculo laboral no se había efectuado tal imputación legal o si fue precaria, debió "*efectuar la confrontación jurídica correspondiente, lo cual, fue omitido por el Juzgado ya que únicamente se limitó a referirse al numeral 1 del artículo 58 del CST., sin efectuar el debido análisis de los hechos y las normas jurídicas (…)".* Señala que el argumento del a quo resulta equívoco y sin fundamento jurídico alguno, porque no puede pretenderse que al subsanar el error fuera del término no haya existido incumplimiento grave, pues son claras las funciones y responsabilidades que la demandante tenía a su cargo como jefe y más aun teniendo en cuenta los años de experiencia y la importancia de la información requerida por el ente de control. Indicó que el

Juez desconoció la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, se ha indicado que no es necesario que se materialice el perjuicio para determinar la gravedad de la conducta y así se ha señalado en sentencia SL232 del 05 de febrero de 2020.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los principales problemas jurídicos por resolver son: *i)* estudiar si en este caso se demostraron las justas causas invocadas por la demandada para terminar el contrato de trabajo de la demandante, ii) en caso de confirmar la decisión del a quo, determinar si la liquidación de la indemnización se efectuó en debida forma; y finalmente iii) si hay lugar a modificar la condena en costas señalada por el a quo.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes, que inició el 11 de abril de 1991, el último cargo ejercido por la demandante fue de jefe sección gestión de información, que el salario devengado al momento del despido era un salario integral mensual de $11.412.000, y la terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral de la entidad demandada, pues tales aspectos fueron aceptados por las partes, y en general se encuentran debidamente soportados con las documentales aportadas (pág. 26-27, 30 a 34, del PDF 01, 282 a 284 PDF 04). Ahora, en cuanto al extremo final, se observa que tanto la parte demandante como la demandada señalaron que fue el 7 de febrero de 2020, fecha que coincide con el día en que se le comunicó a la demandante la terminación del vínculo laboral; sin embargo, tanto en la liquidación definitiva de prestaciones sociales como en la certificación expedida por la demandada el 6 de noviembre de 2020, se indica como extremo final el 9 de febrero de 2020 (pág. 76 y 118 PDF 04), y si bien el a quo señaló ambas fechas como extremo final, se observa que al momento de estudiar la excepción de prescripción y al realizar la liquidación de la indemnización por

despido sin justa causa tuvo en cuenta el 9 de febrero de 2020, advirtiéndose que el extremo final no fue recurrido, por tanto, se tendrá como fecha de terminación del contrato de trabajo el 9 de febrero de 2020.

Se entra a resolver el primer problema jurídico, consistente en si se encuentra demostrada las justas causas invocadas por la demandada para terminar el contrato de trabajo de la demandante.

Al respecto, el a quo al proferir su decisión consideró "*… que en este caso tenemos una aceptación expresa de la falta, pero también tenemos una conducta asumida por la señora Mónica María Higuita Restrepo, que condujo a que el dato erróneo se pudiera identificar y se reportara a la Superintendencia del Subsidio Familiar. Eso está probado dentro del expediente, conforme la documental que está allí consignada y también fue un hecho que no solamente lo mencionó la señora Mónica María Higuita, sino que el representante legal de CAFAM, al momento de contestar una de las preguntas que se le hizo en el interrogatorio, pues aceptó que efectivamente se detectó el día 24 de enero del año 2020, el dato erróneo con ocasión de la revisión que hizo la señora Mónica María Higuita Restrepo. Asimismo, no se logra demostrar que dicha negligencia o mal procedimiento, dado a la respuesta 2-2020-004089 a cargo de la demandante haya traído consecuencias sancionatorias, alegadas por CAFAM al momento del despido. Allí aparece consignado que eso le generaba una serie de sanciones, investigaciones o inspecciones por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar. (…) Es decir que si existiera algún control por parte de CAFAM, pues seguramente ese control les hubiera permitido establecer con tiempo, las inconsistencias de septiembre, octubre y noviembre, que fue la que detectó la Caja de Compensación Familiar CAFAM, es decir que aquí, a pesar de que existió y se aceptó por parte de la señora Mónica María Higuita, la falencia en la entrega de la información, también el despacho observa que debió haber existido un control por parte de la Caja de Compensación Familiar CAFAM, dado que son datos sensibles que maneja la entidad frente a sus afiliados y que por tal motivo no los puede enviar directamente a la Superintendencia de Subsidio Familiar sin existir por lo menos un filtro de información, que efectivamente permitan establecer con claridad que aquellos datos son los correctos y que no se presenta alguna distorsión de los datos reportados, más aún cuando se están tratando de dineros públicos, dineros que afectan allí el tema de los recursos que se entregan por reconocimiento de subsidios familiares, es decir que en este caso tenemos que hubo una aceptación del error por parte de la señora demandante, que el 24 enero 2020, conforme con las pruebas recaudadas, pues detectó el error y se pudieron tomar los correctivos necesarios. Tercero, no hubo ninguna sanción por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar a CAFAM, tampoco hubo ninguna inspección, ningún llamado de atención tampoco que le hizo la Superintendencia de Subsidio Familiar y menos aún se encontró o está demostrado en este proceso que hubo una afectación grave como se dice en la carta de terminación y que fue uno de los argumentos que se tuvo para efectos de dar por terminado el contrato, pues aquí no quedó demostrado que dicha afectación haya ocurrido. Tampoco obra dentro del proceso que a la*

demandante se le haya adelantado antes del hecho ocurrido el 23 de enero 2020 algún llamado de atención ni alguna sanción por el incumplimiento de sus funciones. Y si bien el empleador tiene la libertad disponer del contrato de trabajo de sus trabajadores, lo debe hacer dentro del límite establecido en las normas sustanciales laborales y respetando eso sí, los derechos que les corresponden a cada trabajador y como lo indiqué precedentemente cuando se invoca como causal de terminación, el numeral sexto y literal a del artículo séptimo del Decreto 2351 del 65 por una de las dos causales que aparecen allí determinadas, pues le corresponde entonces al despacho calificar dicha conducta y en ese sentido considera el despacho que si bien la falta existió, la misma no conllevaba a la terminación del contrato de trabajo, sino la aplicación de algunas de las sanciones previstas en el Reglamento Interno de Trabajo. Esto porque era la primera vez que se cometía la conducta por parte de la empleada. Segundo, la empleada lleva más de 28 años al servicio de la compañía y por tal motivo era un tema que debió considerar CAFAM al momento de calificar la conducta. Tercero, no implicó ninguna sanción para la caja de compensación Cafam la situación ocurrida el 23 de enero del año 2020, como indiqué porque el día 24 se logró subsanar dicha falencia, con la comunicación que se envió a la Superintendencia de Subsidio Familiar. Es decir que aquí no hubo lugar a inspecciones, auditorías, investigaciones o sanciones pecuniarias o administrativas por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar, como se le imputó en su momento en la carta de terminación a la señora Mónica María Higuita Restrepo. Y sobre este particular, entonces, concluye el despacho, que sobre esa causal establecida en el numeral sexto del literal a) a juicio del despacho no fue suficiente para efectos de terminar el contrato de trabajo con justa causa. Adicionalmente, también el despacho llama la atención que en este evento participaron varias personas en el tema de la consolidación de los datos y únicamente la persona afectada fue la señora Mónica María Higuita Restrepo, a lo largo de este proceso, al momento de rendir las declaraciones, especialmente el representante legal y la señora luz Marina Teuta Ríos, para el despacho, es claro que la señora Mónica María Higuita Restrepo, si bien era la responsable del proceso hubo otras personas allí vinculadas, aquellas por ejemplo, que realizan la alimentación del aplicativo SAP y seguidamente también, pues la persona que está por encima de la señora Mónica María Higuita Restrepo que también es la responsable del proceso, dado que es la jefe del departamento de subsidio familiar, y sobre esas personas no hay prueba de que ante la gravedad del asunto, como lo mencionó CAFAM, pues fueron llamadas o si quiera le realizaran un llamado de atención por parte de CAFAM, dada la gravedad de la conducta acaecida, sino que es la única que llevó la calificación de la conducta y el peso de toda la falta cometida fue la señora Mónica María Higuita Restrepo. Este despacho considera que, por ese lado, no era la única persona llamada a responder por la situación que se le imputó a la señora María Higuita Restrepo a pesar de lo acontecido en este proceso, donde ella aceptó que efectivamente cometió esa conducta, pero había otras personas implicadas en dicho proceso y que a ninguna de ellas se le hizo ningún llamado de atención. Es decir, para la primera conducta conforme el numeral sexto y literal a) del artículo séptimo del Decreto 2351 de 1965, el despacho encuentra acreditada la falta, pero no la considera grave ni causal de terminación del contrato de trabajo. Y frente al segundo contenido en el numeral sexto del art. 7 del Decreto 2351 de 1965, sostiene CAFAM que se produjo

la violación de unas normas del reglamento interno de trabajo, y al revisar el reglamento interno de trabajo que se encuentra en las páginas 124 a 173 del archivo 4 del expediente digital, allí aparece la escala de faltas y sanciones disciplinarias, específicamente en el capítulo 13, artículos 63 y siguientes y en dicho artículo, claramente se señala que todo acto de indisciplina o cualquier violación de las prescripciones de orden o de las obligaciones legales, reglamentarias y contractuales del trabajador que no sean motivo justo para dar por terminado el contrato, podrán ser sancionados por CAFAM en la forma en que determine dicho reglamento a través de las personas facultadas para ello, en el artículo 56 y esta norma interna, entonces, se desprende lo siguiente, primero que cuando existen justas causas para terminar el contrato de trabajo, pues no se aplica el procedimiento establecido en este capítulo, es decir que en este caso el empleador es libre de adoptar la decisión de terminación unilateral del contrato de trabajo expresando, eso sí, la causa o motivo de la ruptura y si es sin justa causa, pues con el pago de la correspondiente indemnización, esto para efectos de señalar que cuando se termina el contrato de trabajo sin justa causa y no aparece dentro del Reglamento Interno de Trabajo dicha forma de terminación, pues no es obligación del empleador acatar lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 593 de 2014, donde dicha corporación precisó el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que se encuentran contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo. Y lo segundo que se desprende de dicho artículo, es que las escalas de faltas contenidas en este capítulo únicamente serán objeto de sanción disciplinaria en los términos dispuestos por el empleador en el Reglamento Interno de Trabajo. Y, como lo indiqué la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que no pueden pues inmiscuirse en la calificación de la falta cuando se fundamenta en el Reglamento Interno de Trabajo, es decir, en la segunda posibilidad de terminación del contrato conforme al numeral sexto del artículo séptimo del decreto 2351 del 65 y CAFAM la calificó como grave; sin embargo, optó fue por la terminación del contrato de trabajo bajo una justa causa. Por esta razón, entonces le correspondía al empleador acreditar que la falta grave que cometió la trabajadora tuviera como sanción la terminación del contrato en el Reglamento Interno de Trabajo y en este asunto, pues ninguna de las sanciones incluidas en el capítulo 13 de dicho reglamento, conlleva a la terminación del contrato de trabajo, la única situación que, de acuerdo con dicho reglamento, conlleva a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, es la contenida en el artículo 49 de dicho reglamento, que señala que por el incumplimiento de las instrucciones de los reglamentos y determinaciones de prevención de riesgos que se encuentran en el programa de salud ocupacional de CAFAM, pues constituye falta suficiente para terminar el contrato de trabajo con justa causa. Pero pues este aspecto es diferente a lo acontecido con la señora Mónica María Higuita Restrepo. (…)".

Cabe señalar que de acuerdo con los criterios sobre carga de la prueba establecidos en el artículo 167 del CGP, a la trabajadora le corresponde acreditar el despido o la terminación del contrato, por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, y a la demandada le incumbe probar de manera suficiente, fehaciente y sin lugar a equívocos que la terminación del contrato se dio por una

justa causa, para lo cual debe demostrar la ocurrencia de los hechos que motivaron la rescisión del contrato y que los mismos son justa causa para ello.

Para calificar la ruptura del vínculo se debe tener en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó los artículos 62 y 63 del CST, en cuanto consagra que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la terminación, los motivos de su decisión.

Las razones para la terminación del contrato del trabajo de la demandante aparecen expuestas en la carta de fecha 7 de febrero de 2020, en el siguiente tenor:

"Nos permitimos comunicarle la decisión adoptada por la Caja tras agotar el debido proceso, teniendo en cuenta la ocurrencia de hechos y omisiones calificadas como graves por la organización, tal como se explica a continuación: Como primera medida, debemos señalar que dentro de las obligaciones a su cargo como "Jefe Sección Gestión Información", le correspondía cumplir a cabalidad las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, del contrato de trabajo y de la guía ocupacional. En particular, dicho cargo le impondría las siguientes responsabilidades que eran de su entero conocimiento:

- *"Programar, coordinar y verificar la ejecución de los procesos sistematizados, de acuerdo con los calendarios de actividades establecidos; con el fin de garantizar el cumplimiento de compromisos con los afiliados y la generación de información interna y/o para entes de control de forma oportuna y confiable.*
- *Asegurar la calidad de la base de datos, la integridad, funcionalidad y actualización permanente del sistema de información.*
- *Planear, dirigir y controlar las actividades relacionadas con la actualización de datos y (…) la generación de los reportes para los entes de control.*

No obstante, usted incurrió en un grave e injustificado incumplimiento de tales obligaciones, tal como se evidenció al tramitar el oficio No. 2-2020-004089, en el cual la Superintendencia del Subsidio Familiar requería a Cafam para que justificara unas variaciones, presuntamente anómalas, en el número de personas a cargo y cuotas monetarias pagadas entre 2018 y 2019, según se indica a continuación:

- *De acuerdo con el oficio, el numero de personas a cargo se redujo en 475.256 (aproximadamente un 2.40%) al pasar de 4.017.599 en 2018 a 3.919.170 en 2019.*

Por tal razón, la Superintendencia del Subsidio Familiar solicitó las explicaciones del caso pues no encontraban coherentes las variaciones presentadas en el número de personas a cargo y el número de cuotas pagadas en dichos periodos. (…) Asimismo, se pone de presente que la existencia o no de una justificación a dichas variaciones era de suma importancia, pues la Superintendencia del Subsidio Familiar se encontraba en el proceso de fijación de la cuota monetaria del año 2020 y en consecuencia la información que se consignara en la respuesta afectaría notablemente el valor de la cuota monetaria no solo para Cafam, sino para las demás Cajas que hacen parte del Sistema de Subsidio Familiar. (…) usted no verificó adecuadamente los datos que se tuvieron en cuenta al momento de elaborar la respuesta al requerimiento ni garantizó el especial cuidado en la consistencia y fiabilidad de los datos. A tal conclusión, se llega tras considerar que el documento proyectado fue devuelto por la Jefatura del Departamento en al menos dos oportunidades por no contener las justificaciones solicitadas por la Superintendencia del Subsidio Familiar, por omitir datos necesarios para efectuar la comparación entre vigencias, o por presentar cifras

incongruentes respecto del dato que la Superintendencia del Subsidio Familiar solicitaba validar". (…) De acuerdo con lo preceptuado, al analizar las validaciones, documentos y argumentos y respuestas que usted presentó en el marco del debido proceso, debemos señalar que los argumentos presentados no desvirtúan las graves omisiones en las que incurrió en el ejercicio de su cargo, por las siguientes razones: En primer lugar, es claro que durante tres meses usted no verificó adecuadamente los reportes efectuados a la Superintendencia del Subsidio Familiar pues de ser así hubiese advertido los errores antes de transmitir la información al ente de control o hubiese podido solicitar la corrección de los datos oportunamente antes de que ocurriera el cierre de año. Por otra parte, usted no verificó adecuadamente los datos que se tuvieron en cuenta al responder el oficio No. 2-2020-004089 pues no consultó las fuentes primarias de información (Registros SAP vs Reportes en SIREVAC) de los periodos cerrados, ocasionando el envío de una respuesta basada en datos inconsistentes y erróneos (…).

Invoca como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la contemplada en el numeral 6 de la sección A del artículo 62 del CST. Por otra parte, indicó que "*Frente al Numeral 6, la adecuación entre los hechos investigados y la justa causa incoada se realizarán respecto de las obligaciones que establece el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo (núm. 1). Asimismo, la adecuación se realiza respecto de la falta grave enunciada en el Reglamento Interno de Trabajo o en su artículo 66 (Lit. d) consistente en la violación grave de las prescripciones de orden, obligaciones o prohibiciones contenidas en los capítulos IX y XII de este Reglamento, así como también la violación grave de sus obligaciones contractuales y reglamentarias". Específicamente, encontramos que en el presente caso se vulneró el Reglamento Interno de Trabajo en sus artículos (sic) Articulo 60 (núm. 1, 2, 6, 9, 13, 17, 22, 24 y 27) y Artículo 62 (57 y 61) (…).* (pág. 30-34 PDF 01). Asimismo, mediante comunicado del 30 de enero de 2020, la Jefe de Departamento de Subsidio, Luz Marina Teuta Ríos, le informó a la demandante la apertura de un proceso disciplinario en su contra, respecto de los siguientes cargos: ***CARGO I:*** *Presuntamente no haber efectuado las verificaciones a su cargo, para garantizar la confiabilidad de la información reportada mensualmente a la Superintendencia del Subsidio Familiar durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019.* ***CARGO I*** *(sic): Presuntamente no verificar adecuadamente los datos que se tuvieron en cuenta para dar respuesta al requerimiento que la Superintendencia del Subsidio Familiar hizo a Cafam mediante oficio No. No. (sic) 2-2020-004089"* (Pág. 36 a 39 PDF 01).

Frente a las conductas endilgadas a la demandante, los motivos de despido se centran en el grave incumplimiento del contrato de trabajo y de las obligaciones contractuales; lo primero que se advierte es que la demandante aceptó la ocurrencia de los hechos señalados por la demandada como los que dieron origen a la terminación del vínculo laboral, pues en el interrogatorio de parte a la pregunta "*Diga cómo es cierto, sí o no que usted fue la encargada de reportar los datos de septiembre a noviembre del 2019, hago referencia a la información, que estaba siendo objeto de investigación por parte de la Superintendencia de subsidio familiar",* la demandante señaló: *"Sí, es cierto y quiero aclarar que la información que se entregó a la superintendencia en*

los meses de septiembre, octubre y noviembre fueron alrededor de 1.650.000 registros con información válida y entre los cuales estaba un registro con una información errada que fue la de la omisión, pero fue uno solo de los 1.650.000 registros que se validan, se organizan, se tiene que arreglar porque el sistema de información de captura de datos que cambiaron, presenta muchísimas falencias en la captura de la información y toca revisarla, arreglarla, modificarla esa función si la hacen los funcionarios que tenía a mi cargo". Y después a la pregunta: *"Diga cómo es cierto, sí o no, señora Mónica, que la información que usted entregó a la Superintendencia de subsidio familiar el 23 de enero del 2020 no fue confiable",* contestó: *"No, no es cierto, porque yo informe las causas por las cuales las personas a cargo habían bajado un poco. Bueno, sí, si la información que se envió en el memorando el 23 no era correcto".* Por tanto, no es objeto de discusión que el 22 de enero de 2020 le fue encomendado dar respuesta a un requerimiento realizado por la Superintendencia de Subsidio Familiar sobre unas posibles inconsistencias en los reportes realizados a dicho ente de control en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019, y que en respuesta realizada el 23 de enero de 2020 indicó que dichos reportes estaban correctos, información que fue remitida en ese sentido al ente de control, sin embargo, luego de revisar nuevamente los reportes señalados, el 24 de enero del mismo año, la misma demandante indicó a su jefe inmediata Luz Marina Teuta Ríos, que sí había un error en el reporte de los meses de septiembre, octubre y noviembre y se procedió a remitir una nueva respuesta a la Superintendencia de Subsidio Familiar con dicha novedad, lo cual fue corroborado con el testimonio de la señora Teuta Ríos. Así las cosas, por una parte, quedó en evidencia que se habían presentado unas inconsistencias en los reportes de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019, y además, al dar respuesta al requerimiento, en un principio se indicó que no había error y luego se dijo todo lo contrario, incumpliendo con ello una de las obligaciones que tenía a su cargo, pues conforme la "*DESCRIPCIÓN DEL CARGO"- JEFE SECCIÓN GESTIÓN INFORMACIÓN*- se indica dentro de la "*Misión del cargo: "Planear, dirigir y controlar las actividades relacionadas con la actualización de datos y la aplicación de novedades en forma masiva, el giro de la cuota monetaria, la generación de los reportes para los entes de control, la gestión de los PQRS y la identificación, diseño e implementación de mejoras, de acuerdo con las normas legales, procedimientos y lineamientos corporativos, con el fin de asegurar la calidad de la base de datos, la integridad, funcionalidad y actualización del sistema de información". Responsabilidades del cargo: 1. Programar, coordinar y verificar la ejecución de los procesos sistematizados, de acuerdo con los calendarios de actividades establecidos; con el fin de garantizar el cumplimiento de compromisos con los afiliados y la generación de información interna y/o para entes de control de forma oportuna y confiable"* (pág. 119 PDF 04), pues debe entenderse que los informes deben ser ciertos, veraces y reflejar datos reales y verídicos. Ahora las funciones referidas,

además de estar plasmadas en la guía ocupacional, la demandante misma las relacionó en la respuesta a los descargos de fecha 3 de febrero de 2020 (pág. 56 PDF 01). De acuerdo con ello, entonces, es claro que la generación de los reportes para los entes de control estaba dentro de las actividades de la demandante como jefe sección gestión información, pues los debía *planear, dirigir y controlar (…)",* obligación que incumplió en los reportes realizados en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019.

De manera que, establecida la ocurrencia de los hechos señalados en la carta de despido, resta verificar si esos actos de la demandante están contemplados en la normativa laboral como causa legal para terminar unilateralmente el contrato de trabajo.

De conformidad con la carta de terminación del contrato de trabajo, una de las razones del finiquito es lo establecido en el numeral 6º del Art. 62 del CST, que dispone: *"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (…) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."* La norma consagra dos disposiciones o motivos: la violación grave de las obligaciones o prohibiciones previstas en los artículos 58 y 60 del CST; e incurrir en cualquier falta grave calificada como tal en algunos de los instrumentos normativos a que se refiere el texto legal. Se emprende, primero, el análisis tendiente a establecer si se presentó la falta a que se refiere la segunda parte del precepto normativo. Revisado el contrato de trabajo, se observa que en la cláusula SEXTA se pactó. "*Son justa causa para poner término a este contrato unilateralmente las enumeradas en el Articulo 7 del Decreto 2351/65, y además de la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias. Igualmente las siguientes faltas calificadas como graves, constituyen una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo a saber: a) La no asistencia puntual al trabajo, sin excusa suficiente a juicio del patrono, por dos veces dentro de un mismo mes del calendario. b) La ejecución por parte del trabajador de labores remuneradas al servicio de terceros sin autorización del patrono. c) La revelación de secretos y datos reservados de la empresa. d) las repetidas desavenencias con sus compañeros de trabajo. e) El hecho que el trabajador abandone el sitio de trabajo sin el permiso de sus superiores. f) la no asistencia a una sección completa de la jornada de trabajo, o más, sin excusa suficiente a juicio del patrono, salvo fuerza mayor o caso fortuito."* Se advierte que las conductas concretas que allí se señalan no fueron perpetradas por la actora; y en cuanto a la calificación como justa causa de cualquier violación de las obligaciones legales, contractuales o

reglamentarias, es una norma demasiado genérica que no puede ser aplicada al pie de la letra, pues llevaría al absurdo de tener como graves la violación de las obligaciones legales, cuando la propia ley laboral defiere esa calificación al juez y es obvio que esa potestad no puede ser desconocida por las partes, llegando al extremo de calificar como graves conductas que ni si quiera la ley les da esa connotación.

Frente a los artículos que señaló la parte demandada del Reglamento Interno de Trabajo, se encuentran el 60 (núm. 1, 2, 6, 9, 13, 17, 22, 24 y 27); 62 (57 y 61) y el art. 66 literal d). En el art. 60 se relacionan las obligaciones especiales del trabajador, referentes a realizar personalmente la labor, ejecutar con la debida diligencia el trabajo encomendado, dar cumplimiento al contrato de trabajo y a las funciones descritas en la respectiva guía ocupacional del cargo de forma cuidadosa y diligente; comunicar a Cafam las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios; cumplir las instrucciones, procesos y procedimientos establecidos por Cafam; observar diligencia y cuidado en el cumplimiento de instrucciones y órdenes preventivas que imparta Cafam con el fin de garantizar la seguridad y protección de los trabajadores, de los equipos y bienes de la Caja, así como usuarios, clientes o pacientes; ejercer el debido control sobre la eficiencia y el rendimiento de sus colaboradores y su equipo de trabajo; conservar la disciplina que exige el servicio y la buena marcha de la Caja y cumplir las demás obligaciones que resulten de la naturaleza del contrato. El art. 62 señala las prohibiciones de los trabajadores, y los numerales señalados por la demandada, hacen referencia a controvertir los estándares de servicio al cliente que Cafam ha establecido en forma general o particular y todo lo demás que resulte de la naturaleza del contrato o de sus cláusulas. El art. 66 en el literal d) señala: constituyen faltas graves: (…) "*La violación grave a juicio de Cafam, por parte del trabajador de las prescripciones del orden, obligaciones o prohibiciones contenidas en los capítulos IX y XII de este reglamento, así como también la violación grave de sus obligaciones contractuales o reglamentarias".* Llama la atención que el literal d del art. 67 del RIT señala: "*PROCEDIMIENTO Y SANCIÓN POR FALTAS DE MAYOR GRAVEDAD: (…) Si de la evaluación de los descargos se concluye que la falta es de mayor gravedad y los descargos no son justificativos, el Jefe Inmediato podrá imponer una suspensión al contrato de trabajo".*

Ante este panorama, advierte la Sala que contrario a lo señalado por la recurrente, las partes no calificaron en forma clara, concreta, precisa e inequívoca la conducta endilgada por la demandante como una falta grave, ni en el contrato ni en el Reglamento Interno de Trabajo, pues ha de señalarse que en

el RIT se señalan unas faltas y se califican como graves, pero las mismas no están contempladas para dar por terminado el contrato sino para aplicar sanciones, tan así que allí mismo se estableció que en caso de cometer una falta de mayor gravedad se impondrá *una "suspensión del contrato de trabajo"*, pero no señala como consecuencia la terminación del vínculo laboral, amén de que prescribe que será falta grave la violación grave de sus obligaciones contractuales o reglamentarias, con lo cual se termina por concebir una tautología.

Así las cosas, descartada la violación del RIT o del contrato de trabajo, corresponde ahora establecer si la falta cometida por la demandante reviste la gravedad para dar por finiquitado el vínculo laboral, en los términos del primer enunciado del numeral 6 antes indicado, esto en armonía con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en sentencia SL3278-2022 Rad. 83386 del 21 de septiembre de 2022, que indicó: "*afirma lo precedente en armonía con las enseñanzas de esta Corporación, contenidas en proveído CSJ SL1920-2018, donde se detalló que no basta que el asalariado incurra en una falta, sino que la misma debe ser grave y ante la ausencia de reglamento interno de trabajo, debe el juzgador analizar la gravedad (…)".*

Frente al primer cargo, esto es, *"no haber efectuado las verificaciones a su cargo, para garantizar la confiabilidad de la información reportada mensualmente a la Superintendencia del Subsidio Familiar durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019";* se ha de señalar que la demandante adujo en el interrogatorio de parte que hasta el 23 de enero de 2020, luego de extraer nuevamente la información desde el sistema base, encontró que la información reportada en los citados meses sí estaba errada; sin embargo insistió en la alta carga laboral que manejaba en Cafam y el nivel de responsabilidad debido a su cargo, además que el sistema en el que se realizaban los reportes mensuales a la Superintendencia de Subsidio Familiar era complejo y "*que no se manejan identificaciones ni nombres, sino que se manejan unos números de BP, que identifican a cada afiliado, ellos, según lo que yo analice es una columna Excel que tiene, uno los titulares afiliados y la otra, los BP de las personas a cargo y ellos totalizaron los BP de las personas titulares, no de las personas a cargo, como el subsidio familiar se puede girar dos cuotas a la misma persona cuando está afiliada el papá y la mamá, entonces hay que quitar los duplicados, entonces al hacer esa relación manual que se hace en una hoja de Excel, quitando duplicados, tomaron fue la columna de las identificaciones de los BP de los trabajadores. Ahí fue donde se dio el dato y no la columna de los BP de las personas a cargo, al quitar duplicados da el total del número de personas a cargo pagas, entonces, como es un proceso manual, pues esto fue una omisión que se presentó";* sin embargo, al ser un sistema

complejo como la misma demandando indica, se manejaban diferentes datos entre ellos los trabajadores afiliados y personas a cargo, se volvía más cuidadosa la revisión que debía hacer la demandante, precisamente para evitar reportar datos erróneos como se hizo, lo cual fue omitido por la actora, evidenciándose que no ocurrió solo en un mes, sino en tres meses seguidos, olvidando la demandante que ella como jefe de sección de información, tenía precisamente la función de revisar y aprobar la generación de los reportes para los entes de control, lo cual evidentemente incumplió. Ahora, el a quo señaló que debió haber un control por parte de Cafam o al menos un filtro de la información antes de ser enviada a la Superintendencia de Subsidio Familiar, lo cual habría podido establecer con tiempo las inconsistencias de septiembre, octubre y noviembre; tesis que no comparte la Sala, porque de acuerdo con las funciones asignadas a la demandante, era precisamente en ella que recaía dicha responsabilidad, es decir el filtro en este caso lo debía hacer ella, función que debía hacer con total diligencia, al tratarse precisamente de datos sensibles que maneja Cafam frente a los afiliados, como lo aceptó la misma demandante al contestar los descargos "*reconozco la importancia de los datos suministrados por esta unidad para la Caja y la Superintendencia del Subsidio Familiar y siempre hemos velado porque la información sea correcta y se entregue a tiempo, es primera vez que sucede este evento de entregar información incorrecta"*. Asimismo, quedó acreditado en el proceso, que si bien la demandante no fue la encargada de generar la información para realizar los reportes mensuales, sino los señores Raúl Girón y la señora Liliana Barrera, esas personas tal como ella lo aceptó estaban a su cargo, es decir ella como jefe y, de acuerdo a sus funciones, era la responsable de que los datos reportados fueran los correctos, pues no se puede pasar por alto, que la organización de las empresas implica que cada nivel jerárquico debe asumir unas responsabilidades, por eso se organiza en secciones, direcciones, en las que una parte de lo servidores tiene a su cargo la ejecución material e las labores de rutina, tales como alimentar los sistemas y la información, y otras supervisar que dicha labor se ejecuta adecuadamente en cuanto a que los datos registrados son los correctos, y se reitera dentro de las encomendadas a la actora estaba precisamente esa coordinación.

Por otra parte, la demandante indica en la demanda, y lo reiteró en el interrogatorio de parte, que las funciones y cargas laborales han aumentado gradualmente durante los últimos años, por lo que depende y confía en sus trabajadores subordinados. Frente a este punto, se evidencia que el representante legal, indicó en el interrogatorio de parte que de manera

indirecta 43 personas dependían de la demandante, aclaró que "*había personas que ostentan un cargo de Jefatura, que tenían a cargo eso procesos y por lo tanto, pues de manera directa tenía a cargo 9 personas, de manera indirecta si tenía 43, pero pues no es que fuera la señora Mónica Higuita, la única que supervisaba 43 personas, también había otras coordinaciones y otras personas que ostentan ese cargo como Jefatura de coordinación en los procesos que hacían parte de esta sección".* Ahora, tanto el representante legal como la testigo Luz Marina Teuta, como jefe inmediata de la demandante, manifestaron que en el año 2019 hubo un cambio en los procesos de afiliación lo cual incrementó las PQRs, grupo que también estaba a cargo de la demandante, y que se incrementó el equipo a solicitud de la demandante, pasando a tener la demandante más personal a cargo; lo cual evidencia que sí hubo un incremento en la carga laboral de la actora, sin embargo, no justifica las omisiones que tuvo la demandante, pues como solicitó el incremento de personal para cumplir con las funciones de dar respuesta a las PQRs, debió advertir a su jefe inmediata que esa carga laboral le estaba impidiendo ejercer de forma diligente otras funciones, y tal como solicitó se le incrementara el equipo de trabajo de PQRs lo debió hacer en lo referente a la revisión de los reportes mensuales que hacía a los entes de control, máxime cuando ella era consciente de que era información importante; situación frente a la cual no se evidencia alguna queja o requerimiento realizado por la demandante, y tampoco indicó que lo haya hecho.

Ahora, tanto la testigo Luz Marina Teuta, quien era la jefe directa de la demandante, como el representante legal aceptaron que se hacían unas auditorías internas; sin embargo, mientras la testigo adujo que *"Las auditorías se centran mucho más, es en validar que los procesos se hayan hecho correctamente, pero quién da certeza de que los datos son correctos, pues son las personas que hacen las validaciones dentro de los mismos procesos"*, el representante legal, dio a entender que con las auditorías se podía identificar datos erróneos, pues cuando se le indicó: "*Usted ha mencionado aquí que hubo unos datos erróneos según el requerimiento de la superintendencia relacionados con los meses de septiembre, octubre y noviembre, usted sabe si para esos meses, se había realizado alguna gestión de revisión de los datos que estaban consignados en ese aplicativo, SAP de acuerdo con la mención que usted refiere de auditorías internas y externas que tiene la compañía CAFAM",* contestó: *"No"* y a la pregunta: *" No sabe si se hizo o no se hizo"* manifestó: "*no sé y creo que no se hizo, porque si no se hubiera identificado antes";* lo cual evidencia que internamente en Cafam se realizaban unas auditorias, sin embargo, no se acredita que las mismas se tenían que hacer de forma mensual sobre los reportes presentados ante la Superintendencia de Subsidio Familiar, pues incluso el representante legal señaló que no se hacía regularmente

porque *"porque normalmente esta información y por la experiencia precisamente de la señora Mónica pues en los meses anteriores, años anteriores, pues no se había presentado esta inconsistencia, no supimos porque en estos meses se produjo y la misma superintendencia fue la que nos alertó de la inconsistencia, sino esta información se hubiera enviado al ente de control y pues desafortunadamente, pues hubiera tenido una incidencia grave en el sistema de cajas de compensación",* por tanto, el hecho que no se hayan realizado no exculpa a la demandante en la omisión que tuvo en el cumplimiento de sus funciones, y tampoco lo hace el no haber sido parte de ningún proceso disciplinario durante la vinculación con la demandada, ni que haya recibido varios reconocimientos por su buen trabajo; pues dichas circunstancias no borran la omisión cometida.

Ahora, frente al segundo cargo de "*no verificar adecuadamente los datos que se tuvieron en cuenta para dar respuesta al requerimiento que la Superintendencia del Subsidio Familiar hizo a Cafam mediante oficio. No.) 2-2020-004089",* la demandante aceptó en el interrogatorio de parte que efectivamente el 23 de enero de 2020 ella le informó a su jefe inmediata que los reportes de la información reportada a la Superintendencia de Subsidio Familiar remitida en los meses de septiembre, octubre, noviembre de 2019 estaba correcta, lo cual posteriormente ella misma verificó que no era así, porque sí se habían reportado unas inconsistencias en esos meses; sin embargo, la demandante se excusó, por una parte, en el poco tiempo que le dieron para contestar el requerimiento, pues sobre el mismo la señora Luz Marina Teuta Ríos envío correo electrónico a la demandante el 22 de enero de 2020 a las 8:09 pm. donde le indicó: "*Mónica, buenas noches por favor prepara este reporte de manera prioritaria. Te recomiendo tener especial cuidado en la consistencia y fidelidad de los datos. Dado que debe ser remitida por la Dirección mañana te encargo tenerla lista a más tardar a las 10 am para revisar"* (pág. 66 PDF 01). El representante legal insistió en que la demandante no contó con solo 3 horas para rendir el informe, y que lo que le pidió su jefe inmediata era que "*tratara de pasar el informe a las 10";* en el correo se da la directriz clara que debía remitir el reporte "*a más tardar a las 10 am para revisar"* y además de eso indica "*Te recomiendo tener especial cuidado en la consistencia y fiabilidad de los datos",* debiéndose indicar por una parte que el tiempo prematuro para dar respuesta al requerimiento fue dado por la Superintendencia de Subsidio Familiar y no por la demandada, como se advierte del correo remitido por dicha entidad de control a CAFAM el 22 de enero de 2020 a las 15:56, el cual fue remitido a la señora Luz Marina Teuta Ríos, jefe inmediata de la demandante, ese día a las 5:31 pm, quien a su vez remitió el requerimiento a la actora, el mismo día a las 8:09 pm, teniendo que dar respuesta a más tardar las 10 am del siguiente día; incluso la

señora Luz Marina Teuta Ríos, manifestó que la Superintendencia normalmente da 72 horas para contestar un requerimiento, pero en ese caso solo dio 24 horas, a lo que se debe descontar las horas en que se demoró el contador de la caja en remitir el requerimiento al departamento de subsidios a su cargo; por tanto, no se advierte que haya sido capricho de CAFAM dar un plazo corto para que la demandante pudiera verificar si los datos reportados en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019 tenían inconsistencias o no. Por otro lado, se advierte que pese a la advertencia que se le hizo a la actora de tener "*especial cuidado en la consistencia y fiabilidad de los datos",* no lo hizo, pues la misma demandante en el interrogatorio de parte señaló que confió en la información que le había entregado el señor Raúl Girón y la señora Liliana Barrera, personas a su cargo, y que por esa razón le dijo a la jefe que la información estaba correcta. Asimismo, en la respuesta que dio a los descargos, a la pregunta "*Indique las razones por las cuales no evidenció oportunamente que los datos que la Superintendencia de Subsidio Familiar solicitó justificar efectivamente presentaban información errada",* señaló: "*Se tomaron los archivos con los cuales se había generado la información de las personas a cargo y las cuotas pagas en el mes del proceso (septiembre, octubre y noviembre de 2019), sin imaginar que la información no estaba correcta, se procedió a colocarle la empresa y el estado para identificar los intems que se querían resaltar; como empresas retiradas, empresas nuevas, empresas que continuaba con las mismas cuotas o personas a cargo y empresas que tenían más o menos personas a cargo pagas con relación al año anterior* (2018-2019)". (pág. 57 PDF 01), manifestación que permite evidenciar que la demandante tuvo por sentado que la información reportada estaba correcta, cuando lo que precisamente se le estaba pidiendo era que verificara si se había reportado inconsistencias, por tanto, no solo omitió verificar la información al momento que se hizo el reporte mensual, sino que volvió a incurrir en la misma falta cuando se le pidió que la revisara, con el antecedente que la Superintendencia estaba señalando que había encontrado inconsistencias en la variación de algunos datos reportados, pese a que la diferencia que se presentaba era notoria, pues el número de personas a cargo reportada en el año 2018 respecto a los reportados en el año 2019, había disminuido en 475.256, y el número de cuotas pagas según el reporte había disminuido en 98.429, tal como se relaciona en la primera respuesta que envió Cafam a la superintendencia, donde aparece número de personas cargo en el año 2018: 3.628.632 y en el 2019: **3.153.376**, y el número de cuotas pagas en el 2018 4.017.599 y en el 2019: 3.919.170. (pág. 63 PDF 01), contrario a ello, en la respuesta remitida el día siguiente, luego que la demandante detectara los errores, se indica que el total de personas a cargo en el año 2019 es de **3.522.293** (pág. 65)**.** Asimismo, de acuerdo a las explicaciones remitidas por la

demandante a su jefe inmediata el 30 de enero de 2020, el error estuvo en los reportes de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019, al indicar la demandante lo siguiente: "*El archivo 3-030B CUOTA MONETARIA-NÚMERO DE PERSONAS A CARGO de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019 se entregó con inconsistencias en la cantidad de personas a cargo pagas normales y retroactivas, originando que el total de personas a cargo no fuera el correcto, adjunto la tacha donde se evidencia la inconsistencia:"* donde se observa que en el reporte inicial de los meses septiembre, octubre y noviembre de 2019 fue: 199.918, 202.574 y 201.787 respectivamente, mientras que después de la verificación los datos reportados fueron: 290.459, 295.043 y 296.736 respectivamente, resultado que permite evidenciar que la diferencia reportada es considerable; incluso en la respuesta a los descargos indicó que "*con la insistencia de la confirmación de la información, la cantidad informada y la diferencia que presentaba a pesar que si hemos disminuido las personas a cargo pagas y las cuotas pagas y con un podo de más de tiempo; procedí a revisar rodos los meses nuevamente con la información original de la cuota monetaria que se tiene como backup mensual de la información y se encontró el error, detectando que la selección anterior se tomó la Columna de BP de interlocutor comercial del afiliado y no de las personas a cargo. Se consolido la información y se entregó el resultado".* (pág. 58 PDF 01), sin embargo, si la demandante no estaba segura que realmente la información reportada estaba correcta, debió indicárselo a su jefe inmediata y solicitarle más tiempo para revisar las bases de datos, máxime teniendo en cuenta que el reporte se remitió a la Superintendencia a las: 4:00 pm el 23 de enero de 2020 y que durante el trascurso de ese día la demandante le realizó varias correcciones al reporte a solicitud de su jefe inmediata, sin embargo, no se acreditó que le haya manifestado sus inquietudes, contrario a ello, le indicó que la información estaba correcta. Ahora, el hecho que la señora Luz Marina Teuta Ríos como jefe del departamento del subsidio, era la persona encargada de firmar los reportes remitidos a la Superintendencia de Subsidio Familiar, sin embargo, como ella misma indicó su rol era *"garantizar que se cumplan las fechas en las cuáles está obligada la caja a efectuar esos reportes y que esos reportes se hayan transmitido a la Superintendencia de acuerdo con los parámetros que la superintendencia misma exige"* y que no realizaba la validación directa sobre la información porque para eso se requiere tener algunas habilidades técnicas para ingresar a ese aplicativo y que "*para esto, pues existe una Jefatura de sección que deben tener las competencias para hacer estas validaciones y es quien realmente responde porque la información que se cargue a ese aplicativo sea la información correcta y la información que corresponde a la realidad*", frente a lo cual, no se acreditó por una parte, que la señora Teuta Ríos tuviera a su cargo la verificación y validación de la información reportada a la Superintendencia, pues como ya se indicó esa función era de la demandante, y de ser así implicaría desconocer que cada trabajador debía asumir unas

responsabilidades, y en este caso estaba en cabeza de la demandante, pues desde el punto de vista de la racionalidad administrativa solamente podrían enrostrarse fallas a las máximas instancias de las organizaciones, que por lo general son las responsables del correcto funcionamiento, y por esa vía los mandos medios les quedaría fácil liberarse de sus deberes y cargas.

Ahora, el hecho que la demandante no haya actuado con mala fe o que su omisión no haya originado un perjuicio económico a la empresa, no conlleva que su negligencia no haya configurado una falta grave, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia. Al respecto se puede consultar la sentencia SL4840-2018, Rad. 59916 del 31 de octubre de 2018, en donde indicó: (…) "*Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6º de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta; (iii) para que se configure la falta grave así como como (sic) la grave negligencia no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el dador del laborío, y (iv) la falta grave y la grave negligencia no se encuentra condicionada al "animus nocendi"(intención de causar daño) del trabajador".*

Es que no puede considerarse solo como acto grave el fraudulento o el que cause perjuicios reales, porque desde luego la ley no exige esos resultados para que se configure la gravedad. En todo caso, en el presente caso obra un elemento que permite deducir dicha gravedad como es el hecho de que la información iba dirigida a terceros, y sobre todo a la entidad estatal que tiene como tarea supervisar las labores y actividades de las cajas de compensación, como la demandada.

Así las cosas, se acreditó no solo la ocurrencia de las conductas endilgadas como justas causas para fenecer el contrato de trabajo, sino que las mismas revisten de gravedad, pues no se trata de una falla asilada, sino que se repitió tres meses seguidos, y luego la demandante se mantuvo en su error, a pesar del requerimiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar, y si bien ella misma fue que se percató del error, lo hizo después de asegurarle a su jefe inmediata que la información estaba bien, y así se envió a la superintendencia inicialmente, evidenciándose con ello, que el error era detectable, solo bastaba realizar una revisión en debida forma, lo cual debió hacer desde el principio y no confiarse en los reportes tal como se habían hecho, y suponer que estaba

bien, pues precisamente se estaba advirtiendo sobre la presencia de unas inconsistencias. Adicional a ello, tampoco advirtió en su momento que la cantidad de trabajo que tenía a cargo le estaba impidiendo cumplir con la obligación de revisar los reportes remitidos al ente de control ni tampoco le solicitó a su jefe inmediata más tiempo para realizar la revisión en debida forma, previo a emitir una repuesta al requerimiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar, lo que no impide anotar que esos informes se hacían mensualmente, lo que permitía contar con tiempo suficiente para la elaboración y revisión de los mismos.

Finalmente, se advierte que la parte actora señala que el despido se dio sin agotar el debido proceso, vulnerando el derecho a la defensa por falta de legalidad de las causales imputadas y vulneración del derecho a la defensa. Al respecto se advierte que como ya se indicó las causas endilgadas a la demandante fueron acreditadas, así como su gravedad. Y lo relativo al debido proceso, se debe empezar por recordar que el artículo 115 del CST, señala que antes de aplicarse una sanción disciplinaria el empleador debe dar oportunidad de *"ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca"*, y que no producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo ese trámite. Ahora, dicho artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014, aclarando que la interpretación acorde con los postulados constitucionales, "*es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la imposición de cualquier sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso"*, y señaló que los Reglamentos Internos de Trabajo deben contener unos parámetros mínimos que garanticen los derechos al debido proceso y a la defensa de los trabajadores, permitiéndoles "*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*"; a su vez, dicha facultad sancionatoria del empleador "*debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputan"*.

Ahora, en cuanto al cumplimiento del proceso disciplinario, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2351-2020, radicación 53676 del 8 de julio de 2020, indicó que el respeto al debido proceso "*es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento*", y en ese sentido fijó su nuevo criterio según el cual "*la obligación de escuchar al*

trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, ***salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido*** *y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°"* -Resalta la Sala-. Y precisó que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general; por tanto, el empleador "*no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario****, salvo convenio en contrario****, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa*" -Resalta la Sala-.

Con base en los anteriores criterios, resulta evidente que el empleador está obligado a oír al trabajador y seguir un debido proceso disciplinario cuando pretenda imponerle una sanción la cual a su vez debe estar debidamente contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo; sin embargo, cuando el empleador requiera terminar un contrato de trabajo con base en una justa causa, al no corresponder a una decisión de carácter disciplinario, desaparece esa obligación. Sin embargo, en el caso concreto, no se pactó un proceso disciplinario para que el empleador haga uso de las justa causas para dar por terminado el contrato de trabajo, por tanto, al momento en que se le comunicó a la demandante la decisión de finiquitar el vínculo laboral, el empleador no tenía la obligación de darle un término para recurrir, como lo indica la parte actora en la demanda, no evidenciándose que se le haya vulnerado el debido proceso a la demandante, contrario a ello, la demandante tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a los cargos endilgados en la respuesta a los descargos.

Así las cosas, se revocará la sentencia proferida por el a quo y en su lugar se absolverá a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandante, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 del CGP; como agencias en derecho

de esta instancia se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

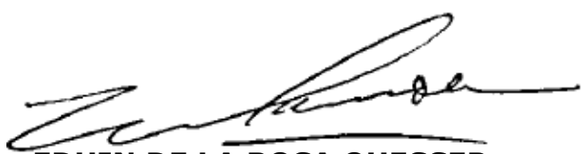
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 9 de agosto 2021 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de MÓNICA MARÍA HIGUITA RESTREPO contra CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - CAFAM, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

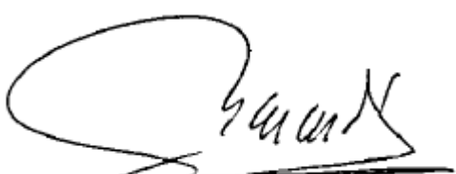
SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de la demandante, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 365 del CGP; como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS DAVID GARNICA OLARTE contra FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS. Radicación No. 11001-31-05-005-**2020-00063-**01.

Bogotá D. C. primero (1º) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia de fecha 17 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se profiera la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante, el 30 de enero de 2020, instauró demanda ordinaria laboral contra la Federación Colombiana de Municipios para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 3 de noviembre de 2015 al 19 de noviembre de 2019; que la demandada se encuentra en mora en cancelar el dinero correspondiente a la liquidación del contrato de trabajo. Como consecuencia se condene a la demandada al pago de $31.847.097 por concepto de liquidación, al pago de la indemnización por falta de pago de las acreencias laborales, que se falle con criterio ultra y extra petita, y se condene en costas.

2. Como sustento de sus pretensiones manifiesta el demandante que suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido el 3 de noviembre de 2015, que el cargo desempeñado fue el de director técnico con una asignación básica de $5.530.180. Manifiesta que mediante comunicación del 19 de noviembre de 2019 presentó renuncia irrevocable y realizó la entrega de "*su cargo, sus funciones y recursos que se encontraban bajo su custodia de acuerdo a las funciones que desarrollaba como Director Técnico sin reproche alguno por parte de la*

demandada". Manifiesta que mediante oficio del 15 de enero de 2020, la demandada le indica que se encuentra pendiente la expedición del paz y salvo con la entidad e indica que "*la demandada* ***FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS,*** *de manera arbitraria y desconociendo los derechos que le asisten a mi poderdante, ha decidido retener su liquidación por una supuesta falta de legalización de anticipos del año 2017 y 2019",* pero que nunca se le requirió o se le indicó que tenía pendiente de legalizar algún tipo de anticipo, más aún, cuando en los proyectos para los que fueron destinados esos anticipos se encuentran materializados en las actas de liquidación y paz y salvo. Finamente señala que "*La demandada* ***FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS,*** *no se encuentra autorizada ni legalizada para retener la liquidación del contrato de trabajo de mi poderdante".*

3. El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 12 de agosto de 2020, admitió la demanda y ordenó notificar a la demandada (PDF 04).

4. La Federación Nacional de Municipios, contestó el 4 de septiembre de 2020, oponiéndose a las pretensiones condenatorias de la demanda, frente a los hechos aceptó el vínculo laboral que existió con el demandante, los extremos y el salario devengado. Frente al no pago de la liquidación de prestaciones sociales, indicó: "*A la fecha de contestación de la demanda, existen dos cuentas pendientes o saldos insolutos, a cargo del demandante, certificados por las oficinas de Contabilidad y Financiera de la Federación, que no han sido legalizados o no ha efectuado la devolución de los dineros, razón por la cual no puede manifestar el demandante que desconoce los motivos por los cuales no le ha sido entregada su liquidación de prestaciones. En comunicación del señor Secretario General Doctor NORMAN JULIO MUÑOZ MUÑOZ, calendada el 15 de enero de 2020, y dirigida al demandante lo requiere para que presente la legalización de los valores relacionados o en su defecto, autorice el descuento de los valores relacionados en el cuadro anterior. El señor* ***Garnica Olarter (****sic), por el cargo y funciones desempeñadas en la Federación Colombiana de Municipios tiene conocimiento exacto que la demandada maneja dineros oficiales, objeto de controles fiscales, penales y administrativos, que efectúan estos órganos de control. En resumen, el demandante no ha presentado el paz y salvo correspondiente que lo habilite para recibir la liquidación del contrato de trabajo".* Adujo que el demandante sabe que el paz y salvo con la entidad es un requisito fundamental para ser sujeto activo de la liquidación del contrato de trabajo, y que *"El artículo 1546 del Código Civil establece que: "En los contratos bilaterales va envuelta la resolución tácita de terminación del contrato. El contratante que cumpla o se allane a cumplir está en la posibilidad de exigir de la contraparte el cumplimiento del contrato o la resolución de éste, con la debida indemnización de perjuicios".* Señala que la Federación siempre ha actuado de buena y fe, y por ello acompaña con la contestación el pago de la liquidación de prestaciones sociales, efectuada al demandante. Propuso las excepciones de fondo de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica. (PDF 07).

5. Con auto del 19 de julio de 2021, el juzgado de conocimiento tuvo notificada por conducta concluyente a la empresa demandada, y señaló como fecha y hora para audiencia de que trata los artículos 77 y 80 del CPTSS, el 17 de agosto de 2021 (PDF 11). La cual se realizó.

6. El Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de agosto de 2021, dispuso condenar a la demandada a pagar al demandante *"la suma de $52.168.031 por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por el periodo comprendido del 20 de noviembre de 2019 al 3 de septiembre de 2020. Dicha suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de septiembre de 2020 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago"*; absolvió de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demanda, tasando las agencias en derecho en la suma de $3.900.000 *(*PDF 13).

7. Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, en el que indicó: *"con todo respeto, el despacho entra a descalificar lo que también nosotros como abogados o como partes podíamos entrar a descalificar las actuaciones del señor Juez, pues con todo el respeto le manifiesto a usted que el derecho tiene unos principios generales que arrancan y se trata del derecho civil, el derecho civil viene a ser la parte sustantiva de las normas que posteriormente nacen como normas sustantivas especiales, como es el derecho laboral, sin desconocer que los contratos bilaterales, siempre en las obligaciones que emanan los contratos, son para cualquier tipo de contratos comerciales, civiles, laborales, etcétera. Entonces basta con hacer una simple afirmación de que no hice una cita de un derecho que no se aplica, hice una cita de una norma sustantiva de los contratos bilaterales en los contratos que se generan, obligaciones puras o simples, las obligaciones puras y simples es dando y dando y las condicionales penden del nacimiento de una condición. Lamento la apreciación que tiene el despacho, acusando que se tienen que hacer unos desarrollos logísticos para decir si se presume o se tiene la mala fe. Hay que tener en cuenta, señor juez de que cuando las condiciones de las personas cambian en la función que se exige, esas obligaciones se contemplan como un requisito, un prerrequisito para que se den las cosas, me reservo para sostenerlo en la audiencia de segunda instancia las desavenencias o las inconformidades con el fallo de lo pactado y aquí lo ordenado. Existe doble condena no en forma complementaria, sino que se da es una condena de brazos caídos y usted está fallando en forma ultra o extrapetita sin pedirlo la parte correspondiente ni sustentarlo para pedir la indexación. Luego solicitó al despacho, se me conceda el recurso de apelación sobre la provincia dictada por usted."*.

8. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación, mediante auto del 11 de noviembre de 2021; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual la parte demandada guardó silencio.

9. El apoderado del demandante solicita confirmar la decisión proferida por el a quo, al considerar que la parte demandada no probó causal alguna que le permitiera justificar la retención deliberada de la liquidación de las prestaciones sociales y salarios dejados de pagar, asimismo no desvirtuó la mala fe. Señala que no se acreditó que había orden judicial, disciplinaria y/o autorizaciones por parte del trabajador para que se retuviera la liquidación. Por otra parte señala "*desafortunadamente en su recurso de alzada, manifiesta que si el trabajador no cumplido (sic) con sus obligaciones contractuales se debía dar aplicación con lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, tratando de darle aplicación a una norma prevista para contratos civiles al caso del contrato laboral, que se encontraba en debate, manifestación que resulta ser inantendible (sic) por parte del Juez, pues desnaturaliza el contrato laboral y todos sus efectos, pues debemos reiterar que las normas laborales son de relevancia de orden público articulo 14 C.S.T.S.S.*"

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de los propuestos.

Se tiene que, aunque no es muy claro el apoderado de la demandada en la sustentación del recurso, es dable entender que lo que en el fondo plantea es la legalidad de la retención de la liquidación de las prestaciones sociales, basada en el supuesto incumplimiento del contrato por parte del demandante al no legalizar dos anticipos que le fueron entregados en el año 2017 y 2019, de conformidad con lo señalado en el Código Civil (Art. 1546), así como su cuestionamiento a la condena por sanción moratoria derivada de la mala fe que el juzgado atribuyó a la demandada; y si hay lugar a condenar a la demandada por concepto de indexación, al haberse impuesto la indemnización moratoria, y no haberse solicitado aquella en la demanda. De modo que los problemas que se resolverán son: *i)* Determinar si procedía la retención de la liquidación de prestaciones sociales, basado en lo señalado en el Código Civil; ii) establecer si es viable condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST, y si es así iii) si hay lugar a indexar la condena impuesta, tal como lo señaló el a quo, finalmente iv) verificar si hay lugar a condenar a la indexación pese a que no se solicitó en la demanda y que el a quo no adujo las facultades ultra y extra petita.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia del contrato, sus extremos temporales, el último salario devengado

por el trabajador, el cargo desempeñado, que la relación laboral se terminó el 19 de noviembre de 2019 por renuncia presentada por el demandante, que la demandada liquidó a la terminación del vínculo las acreencias causadas a favor del actor para esa fecha, y que la suma resultante no fue consignada sino hasta el 3 de septiembre de 2020, alegando la demandada la presunta falta de legalización de 2 anticipos que se le había realizado al demandante en ejercicio de sus funciones en los años 2017 y 2019 por valor de $5.475.000 y $2.500.000.

El a quo, al proferir su decisión, consideró que la demandada no acreditó una causal legal ni pactada para retener la liquidación de las prestaciones sociales y que la presunta falta de legalización de 2 anticipos no se encuentra establecida como una causal no pagar la liquidación final. Asimismo, indicó que no se debe acudir a lo contemplado en el derecho civil, pues el código laboral tiene regulado lo concerniente al contrato de trabajo.

En torno a resolver las anteriores inquietudes, obra como prueba documental las siguientes:

En la página 10 PDF 01 reposa documento de la Federación Colombiana de Municipios, de fecha 15 de enero de 2020, mediante la cual le da respuesta al demandante sobre el pago de la liquidación de prestaciones sociales, y le informa que "*se encuentra pendiente la expedición de su paz y salvo con la entidad, debido a la existencia de anticipos a su nombre pendiente de legalizar",* se relaciona en un cuadro dos anticipos, uno por $5.475.000 del 19 de septiembre de 2019 en el proyecto "*Escuelas de Campaña",* y el otro por $2.500.000 del 29 de septiembre de 2017 en el proyecto "*Maceo".* Asimismo, se le indicó: "*Por lo anterior, le solicito que allegue los soportes de legalización o en su defecto, autorice el descuento de los valores relacionados en el cuadro anterior".*

Certificación expedida el 3 de septiembre de 2020 por el profesional contable de la Secretaría General de la Federación Colombiana de Municipios, en la que señala "*Que la Federación Colombiana de Municipios, utilizó durante el año 2019 el sistema ERP SAP que permite el registro contable de las transacciones económicas que ocurren en la entidad. Que dentro de la información contable mantenida en la entidad existen anticipos sin legalizar a nombre de LUIS DAVID GARNICA OALARTE (...)",* se relacionan los dos anticipos uno por $5.475.000 y el otro de $2.500.000. Luego indica que *"en el sistema ERP SAP se registraron con cargo a LUIS DAVID GARNICA OLARTE, el recibo de caja relacionada a continuación. Valor $191.625, fecha recibo de caja 14/11/2019, concepto: LEGALIZACIÓN ANTICIPO TALLER ESCUELA CAMPA-IBAGUE, proyecto: ESCUELAS DE CAMPAÑA",* y que el saldo por legalizar a cargo del señor GARNICA OLARTE es de $5.283.375 y $2.500.000. (pág. 17 PDF 07).

Solicitud de anticipo Maceo Antioquia 2017, firmada por la Directora de Gestión Técnica dirigida a la Jefatura financiera de la entidad demandada, donde se solicitó

un anticipo de $2.500.000, con cargo a recursos de la Federación a nombre de Luis David Garnica Olarte, aparece una firma y encima dice "*autorizado"* (pág. 23). Asimismo, obra solicitud que realizó el mismo demandante, en calidad de Director de Gestión Técnica, dirigido a la Secretaria General, solicitando un anticipo por $5.475.000 a su nombre (pág. 24). Resumen de recaudo en línea del banco Occidente en el que se relaciona que el demandante depositó $191.625 (pág. 27 PDF 07).

Depósito realizado por la demandada al demandante en el Banco Av Villas por valor de $10.286.973, con fecha 3 de septiembre de 2020 (pág. 28 PDF 07). Reposa liquidación final de prestaciones sociales, en la que se observa que el total asciende a $31.343.947, que menos descuentos a seguridad social, retención en la fuente, libranza banco Pichincha S.A., Libranza Golden Solutions S.A. resulta un saldo a favor del demandante de $10.286.973. (pág. 29 PDF 07).

Documento del 15 de noviembre de 2019, dirigido al demandante y que se encuentra firmado por el secretario general de la demandada, donde solicita el reintegro de recursos entregados como anticipos en un total de $8.215.019, (pág. 30 PDF 07)

Asimismo, se escuchó el testimonio de los señores Clara Yohana Rivas Bernal, Ana María Castaño Vargas y Norman Julio Muñoz, quienes señalaron lo siguiente:

La señora **Clara Yohana Rivas Bernal,** quien es la asesora financiera de la Federación Colombiana de Municipios, frente a los anticipos realizados al demandante señaló que se le dio uno por $5.475.000 y otro por $2.500.000, sin embargo, no le consta si los eventos para los cuales se debía destinar esos anticipos se realizaron, porque no les llegó ninguna legalización al respecto. Adujo que en la entidad el procedimiento exige que cuando se entrega un anticipo se debe entregar el soporte de legalización. A la pregunta: *"Señora clara, en su condición de asesora financiera, usted sabe y le consta que el hecho de no legalizar anticipos por parte de un trabajador genere como consecuencia retener algún tipo de liquidación de prestaciones",* contestó: "*no, pues no lo entiendo bien, pues no me consta que se pueda retener. Lo que sucedió en ese entonces es que como coordinadora financiera debía pues igual indicarle a la persona que debía legalizar incluso uno de los requisitos que hay al interior para uno poder requerir su paz y salvo a la salida de la entidad, es que uno debe tener todo al día, inclusive los recursos que le haya la entidad confiado al funcionario pues que sea de manejo y confianza aún más, para este tipo de propósitos".* Adujo que no le consta que en el proyecto Escuela de Campaña haya presentado alguna queja ante la Federación y tampoco le consta que las del proyecto Maceo lo hayan hecho. Manifestó que el demandante fue requerido en dos oportunidades respecto de los anticipos y que solo dio contestación al primer requerimiento. Señaló que *"actualmente incluso tenemos esa cuenta por cobrar*

pendiente, nosotros la tenemos aún registrado en la contabilidad como una cuenta por cobrar pendiente", por lo que considera que sí se ha causado un perjuicio a la empresa. Manifestó que el proyecto escuelas de campaña tiene una legalización, pero muy pequeña de $191.625, que la persona que debe legalizar el anticipo es a quien se le dieron los recursos, y no sabe si el demandante como director tenía esa facultad de delegar esa función.

La señora **Ana María Castaño Vargas**, quien informó ser la coordinadora administrativa de la empresa demandada, frente a los anticipos señaló que se dan a personas de confianza en virtud de sus proyectos, y a quien se le hace el anticipo tiene la obligación de radicar todos los soportes del gasto y que den cuenta del valor de la suma que le fue entregada. Adujo que el secretario general es el que autoriza los anticipos. Frente al anticipo que se le realizó por el proyecto de escuela de campaña, adujo que a ella le entregaron la legalización para revisarla y encontró varios datos inconsistentes, entonces se lo comuniqué al secretario general. A la pregunta: "*Usted sabe le consta que la no legalización de anticipos trae como consecuencia que talento humano o Recursos Humanos puede retener liquidaciones de prestaciones sociales",* contestó: *"No me consta".* Frente a la legalización de los anticipos, aclaró que *"lo que faltaba para ese momento era soportar en debida forma unas diferencias, recuerdo que no era toda la cifra, pero pues que si era unos valores que no estaban debidamente soportados y que diera razón a dar en ceros el anticipo contra los soportes entregados de la legalización",* que no recuerda cual fue el valor que no se soportó respecto del anticipo de $5.475.000 ni tampoco del otro anticipo. Adujo que tiene entendido que se hicieron varios requerimientos al demandante para que legalizara los anticipos. Manifestó que la secretaria general no le dio el visto bueno para consignar las prestaciones sociales al demandante, aclaró que "*no fue una instrucción, sino que fue como el tiempo que estábamos esperando y llevando a cabo todo el trámite, que por un lado le mandábamos las comunicaciones formales, pues donde le hacíamos el requerimiento y por el otro, recuerdo que tenía comunicación con él y se le hacían las peticiones de manera verbal de que estábamos a la espera de organizar los saldos.*

El señor **Norman Julio Muñoz Muñoz**, quien el secretario general de la federación desde marzo del 2019, señaló que se procede al pago de las prestaciones cuando se cumplen los requisitos que la ley señala para el efecto. A la pregunta: *Sabe usted que en alguna norma se prohíba consignarle a un ex trabajador por no haber realizado algún procedimiento interno",* contestó: *"No tengo conocimiento".* A la pregunta: "*Por qué no se le canceló la liquidación de prestaciones sociales entonces, a más tardar a los 15 días de haberse retirado."* manifestó: "*Estábamos a la espera de la respuesta sobre su autorización o no, para la recuperación de los recursos que en este caso no habían sido consignados a favor de la Federación, cuando esa respuesta llegó con una negativa, en este caso producto de la demanda, pues se procedió a pagar".* Señaló que el área que consigna las prestaciones sociales de los ex trabajadores es el área financiera en coordinación con el área

administrativa y que se requiere se aporte un paz y salvo para que se le pague las prestaciones sociales. Cuando se le indicó: *"Es decir que es argumento para retener liquidaciones, el que no se aporte un paz y salvo",* señaló: *"Pues en este caso estaban comprometidos unos recursos que no habían sido devueltos a la Federación"*. Manifestó que el cargo que desempeñaba el actor era de manejo y de confianza de la dirección ejecutiva y que a su retiro estaban esperando o la restitución de los recursos o simplemente el aporte de los soportes de que esos pagos se habían hecho de manera debida, pero que no se recibió ni lo uno ni lo otro. Manifestó que se hicieron requerimientos escritos al demandante, pidiéndole amablemente la aclaración sobre el tema para cerrar definitivamente la circunstancia que se había generado producto de auditoría. A la pregunta de si se realizó algún procedimiento de control disciplinario por parte de la entidad, señaló que "*si hay un proceso, entiendo que una vez reportada la situación se reporta control interno para que iniciará las acciones",* pero no tiene conocimiento si haya algún fallo o se haya convocado al demandante para algo en ese proceso.

Finalmente, el demandante aceptó que la demandada le canceló las prestaciones sociales de todos los años a excepción de lo correspondiente al año 2019, que disfrutó vacaciones en el año 2017. Frente a los anticipos que la demandada indica que no ha legalizado, señaló que le hicieron dos anticipos a su nombre uno por $2.500.000 y otro de $5.200.000, el cual fue consignado al señor Alonso Maya, uno de los gestores del área de proyecto de gobernabilidad democrática de la dirección de gestión técnica. Adujo que quienes debían legalizar ese anticipo era Alonso Maya, uno de los gestores de esa área y el equipo técnico de Paola García, Alonso Maya, Diana López. Por otra parte, acepta que recibió la suma de $10.286.973 consignada en el banco Av Villas, que corresponde al saldo de la liquidación realizada por la federación, pero que se dio cuenta de esa consignación hasta un año después que le fuera notificada la respuesta de la demanda por parte de la Federación. Aceptó que tenía una libranza en Pichincha y otra en Golden Solutions S.A.S. y que él había autorizado se le descontara de su liquidación final.

Así las cosas, analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, lo primero que debe decirse es que el apoderado apelante empieza cuestionando que el a quo no tuvo en cuenta que el derecho tiene unos principios generales que inicia en el derecho civil, argumentando que las obligaciones contratos bilaterales emanan de cualquier tipo de contrato, comerciales, civiles, laborales; postura que la Sala no comparte, pues si bien el Art. 1546 del C.C., citado en la contestación de la demanda, señala *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios",* debe tenerse en cuenta que desde vieja data la Corte

Suprema de Justicia- Sala Laboral, se ha pronunciado al respecto, para lo cual se puede consultar la sentencia del 22 de septiembre de 1959, en la que indicó: *"En el derecho laboral colombiano también ocurre el evento de la resolución de los contratos por inejecución o incumplimiento ya que el de trabajo es un contrato bilateral o sinalagmático y dentro de la interdependencia de las obligaciones nacidas del mismo sería contrario a la lógica y a la equidad que una de las partes fuese colmada de derechos mientras la otra sufriera carencia de ellos. Esa facultad resolutoria igualmente puede operar, como en derecho civil. por causas legales o convencionales. Sin embargo, dada la especial naturaleza del contrato de trabajo, su resolución, por cualquier causa, está sujeta a limitaciones y modalidades propias, más acordes con las que caracterizan el derecho del trabajo, por el que se gobiernan las relaciones de esta clase. En efecto, dentro de este Derecho no opera en su plenitud y como ocurre en el campo del derecho civil, el principio de la libertad contractual, sino que, por el contrario, partiendo de la desigualdad económica que se supone existir entre empleadores y trabajadores, el legislador, para buscar el equilibrio y la igualdad jurídica, establece un conjunto de obligaciones y prohibiciones que restringen ese principio, y que tienden a garantizar los derechos mínimos de la parte que se considera más débil".* Bajo está postura es claro para la Sala que en lo referente a contratos no debemos acudir indiscriminadamente a normas de otra especialidad, cuando la jurisdicción laboral cuenta con las suyas propias, pues se recuerda que la aplicación de las normas civiles se realiza sólo ante un vacío en la norma laboral y siempre que el concepto civil que se pretende aplicar no vulnere normas, conceptos o principios del Derecho del Trabajo.

Ahora, tampoco entiende este Tribunal la razón por la que la parte demandada insiste se de aplicación a la norma civil, en especial al artículo 1546 del C.C. en este caso, pues es claro que allí lo que contempla es el pago de unos perjuicios en caso de no cumplir el contrato, sin embargo, allí no se faculta al empleador de retener el pago de la liquidación de prestaciones sociales en caso de incumplimiento del contrato de trabajo. Y volviendo a nuestro ordenamiento laboral, se advierte que cuenta con normas propias en cuanto a retención, deducción y compensación de salarios, que señalan los eventos en los cuales el empleador no los puede hacer, así como aquellos que sí le es permitido hacerlo; es así que el Art. 149 del CST señala:" *El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley".* Asu vez el Art. 150 del CST señala **"***DESCUENTOS PERMITIDOS. Son permitidos los descuentos y retenciones por concepto de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorros, autorizadas en forma legal; de*

cuotas con destino al seguro social obligatorio, de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado, y de la Contribución Solidaria a la Educación Superior para el Servicio de Apoyo para el Acceso y Permanencia de Beneficiarios Activos en Educación Superior (Contribución Sabes). Y el art. 151 ibidem, modificado por el Art. 19 de la Ley 1429 de 2010, indica: *"El empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda".*

Frente a este panorama, se ha de señalar que en el caso concreto no se presenta ninguna de estas circunstancias, pues la demandada excusa el haber retenido el pago de la liquidación de prestaciones sociales que le corresponde al demandante, aduciendo que supuestamente no legalizó unos anticipos que le fueron entregados, que dicho sea de paso, no se tiene certeza si quiera de que efectivamente el demandante haya incurrido en dicha omisión, pues si bien acepta en su interrogatorio de parte, que entre los anticipos que le dieron, se encontraba uno por $2.500.000 y otro que refirió como de $5.200.000, no aceptó que él directamente fuera el encargado de legalizarlos, incluso frente a este último adujo que fue consignado al señor Alonso Maya, quien era uno de los gestores del área de proyecto de gobernabilidad democrática de la dirección de gestión técnica y que junto a Paola García y Diana López, eran los encargados de legalizar dicho anticipo. Asimismo, si bien la parte demandada aduce que los anticipos no legalizados corresponden a $5.475.000 del proyecto escuela de campaña y $2.500.000 del proyecto Maceo, no se puede perder de vista que la testigo Ana María Castaño Vargas señaló haber sido la persona que revisó la legalización del anticipo entregado en el proyecto escuela de campaña y encontró varias inconsistencias, pero no supo indicar cuál era la cantidad de dinero que se encontraba pendiente por legalizar, lo que a todas luces persuade que la demandada ni siquiera acreditó que el demandante haya cometido la omisión en las regulaciones establecidas y en lo cual se excusa para no haberle consignado la liquidación de prestaciones sociales al final del vínculo laboral; en todo caso, de haber acreditado dicha omisión en nada cambia la situación, pues se advierte que la misma no se encuentra dentro de los descuentos que permite la ley laboral, y tampoco se acreditó que las partes hayan pactado u acordado la retención de la liquidación en el caso de presentarse ese tipo de eventos, por lo que estamos en presencia de prohibiciones señaladas en el Art. 149 del CST, al no existir autorización suscrita por el trabajador frente a la retención realizada por la demandada, pues la parte demandada ni siquiera planteó esa situación. Por lo anterior, es claro que el empleador en este caso no se encontraba facultado por la ley ni por un acuerdo con el demandante, para retener la liquidación final de prestaciones sociales, como lo hizo.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por sabido se tiene y haberlo reiterado de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que tal indemnización no es de aplicación automática y que para ello debe el juzgador entrar a analizar la conducta con la que actuó el empleador en vigencia de la relación laboral, así como al momento de su terminación en relación con sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales que por ley le corresponden a los trabajadores, al igual que mirar las circunstancias específicas en que se produjo la omisión, y en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de la referida indemnización. De acuerdo con esas directrices, encuentra la Sala que la demandada en su contestación señaló que ha actuado de buena fe porque con la contestación de la demanda pagó lo correspondiente a la liquidación final de prestaciones sociales, situación que efectivamente se dio y se encuentra acreditada con el depósito realizado al demandante en el Banco Av Villas por la demandada por valor de $10.286.973, con fecha 3 de septiembre de 2020, y que el actor aceptó haber recibido; sin embargo, esta actitud de la demandada, en lugar de demostrar buena fe, lo que permite deducir es que la razón por la cual realizó la consignación fue porque el demandante inició una demanda en su contra solicitando el pago, y no porque tuviera la intención de pagarle lo adeudado. Ahora, el argumento de que se estaba a la espera de una respuesta por parte del trabajador, en la que se le daban dos opciones: una presentar la legalización de los anticipos y la otra autorizar el descuento de la liquidación, con lo cual se estaba condicionando al demandante a tener que realizar una autorización de un descuento para que le fuera consignado lo que quedara de diferencia, lo que a todas luces denota una actuación de mala fe por parte del empleador, y es que el contrato terminó el 19 de noviembre de 2019 y se le pagó la liquidación hasta el 3 de septiembre de 2020, es decir después de 10 meses, y la consignación se hizo por la iniciación del presente proceso. Por otra parte, si la demandada creía que efectivamente el demandante le adeudaba una suma de dinero por concepto de anticipos no legalizados, cuenta con otros medios para exigir la devolución del mismo, sin tener que recurrir a retener de forma arbitraria y sin fundamento el pago de la liquidación final de prestaciones sociales las cuales tienen una connotación vital para el trabajador que ha dejado el empleo, como ha señalado la jurisprudencia, y de ahí su drasticidad. Además, no puede pasarse por alto que el artículo 65 del CST dispone pagar las prestaciones adeudadas al momento de terminar el contrato salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, sin que el evento de retención aquí perpetrado encaje en alguna de las dos excepciones, y sin que pueda tenerse como señal de buena fe la aludida retención. Así las cosas, se debe confirmar la sentencia del a quo, en este aspecto.

Ahora, el recurrente señala que existió doble condena porque "*se da es una condena de brazos caídos",* sin que haya ampliado este argumento, pero es dable entender es que cuestiona la superposición de la actualización monetaria a la condena por sanción moratoria. Así entendido, la Sala comparte la decisión del a quo, frente a la indexación, pues la indemnización moratoria del art. 65 del CST, únicamente se impuso desde el 20 de noviembre de 2019 al 3 de septiembre de 2020, en la suma de $52.168.031 y se ordenó la indexación de esa suma, desde el 3 de septiembre de 2020 para evitar el deterioro económico, lo cual está acorde con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado que la indexación sobre la suma obtenida por concepto de indemnización moratoria en casos como el presente. Al respecto se puede consultar la sentencia SL4042-2017 Rad. 49024 del 21 de junio de 2017, M.P. Fernando Castillo Cadena, quien indicó: *"No sobra destacar que, aunque la cifra sobre la cual se ordenará la actualización corresponde a una indemnización moratoria, la misma se cuantificó y congeló hasta la fecha en que se pagó el auxilio de cesantía de manera completa, lo cual evidencia que aquella se limitó en el tiempo; sin embargo como la cancelación de tal indemnización no se ha efectuado, la tardanza en el cumplimiento de la obligación le genera al trabajador, una pérdida del poder adquisitivo sobre dicho rubro, que la deudora debe resarcir.* (…)". De acuerdo con lo anterior, se confirmará la sentencia apelada en este punto.

Finalmente, frente a la manifestación del recurrente en cuanto a que el juez falló en forma *"ultra o extrapetita sin pedirlo la parte correspondiente ni sustentarlo para pedir la indexación",* si bien le asiste razón, pues no se evidencia que la parte actora haya solicitado el pago de la indexación, ni tampoco que al momento de imponer condena haya aludido a sus facultades ultra y extrapetita; sin embargo, se ha de señalar que la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral, permite al juzgador de instancia condenar de forma oficiosa al pago de la indexación, como quiera que únicamente evita la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Al respecto se puede consultar la sentencia SL3084-2022- Rad. 65852 del 31 de agosto de 2022. En consecuencia, no queda camino alguno a esta Sala que confirmar la sentencia apelada en todas sus partes.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada, por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma de 2 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 17 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de Luis David Garnica Olarte contra Federación Colombiana de Municipios, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada como agencias en derecho se fija la suma de 2 SMMV

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAMIRO GUTIERREZ BAHAMON contra FRANCISCO JOSÉ ADOLFO CASTILLO MONROY, ASISTIR SALUD S.A.S. y CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR EPS, Radicación No. 11001-31-05-012-**2018-00716**-01.

Bogotá D. C. primero (1º) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante, el 13 de diciembre de 2018, instauró demanda ordinaria laboral contra el señor Francisco José Adolfo Monroy, Asistir Salud S.A.S. y la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR EPS, para que se declare que existió un contrato de trabajo verbal con el demandado Francisco José Adolfo Castillo Monroy desde el 16 de noviembre de 2016 al 18 de junio de 2017. Como consecuencia solicita que se condene al citado señor al pago de vacaciones, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, e indemnizaciones moratorias por no consignación de las cesantías y la consagrada en el artículo 65 del CST. Asimismo, solicita condenar al demandado Castillo Monroy a reconocer y pagar con destino a COLPENSIONES, el cálculo actuarial correspondiente a los períodos dejados de cotizar en vigencia del contrato laboral, y al pago de la indemnización por despido sin justa causa y de horas extras. Solicita se condene de manera solidaria a la Caja de Compensación Familiar Compensar -EPS, en calidad de beneficiaria de la obra, al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones y lo que resulte probado en forma ultra y extra petita, la indexación y las costas y agencias en derecho.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que el 16 de noviembre de 2016 inició a laborar como oficial de obra, fungiendo como empleador el demandado Francisco José Adolfo Castillo Monroy. Aduce que en vigencia de la relación laboral prestó sus servicios como oficial de las obras en la *"construcción y la remodelación de las sedes de COMPENSAR E.P.S. ubicadas en la avenida caracas con 31 sur Barrio Quiroga y Álamos Norte, Zona Industrial de Bogotá".* Que el salario mensual que recibió fue la suma mensual de $2.000.000. Que entre sus funciones estaba la *"elaboración de bases, excavaciones, cimentación, fundición de placas de concreto y demás tendientes a "construcción y remodelación de las sedes de COMPENSAR EPS, ubicadas en la avenida caracas con 31 sur, Barrio Quiroga y Álamos Norte, Zona Industrial de la ciudad de Bogotá".* Señala que quien le daba ordenes e instrucciones eran los señores Francisco José Adolfo Castillo Monroy y Juan Carlos Castillo Monroy. Que desarrolló su trabajo de lunes a viernes desde las 7:00 hasta las 17:00 horas y sábados desde las 7:00 a 13:00 horas y que también laboró horas extras en horarios nocturnos y festivos. Adujo que la empresa ASISTIR SALUD S.A.S. representada legalmente por el señor Juan Carlos Castillo Monroy, fue el contratante de las obras de "*construcción y la remodelación de las sedes de COMPENSAR E.P.S. ubicadas en la avenida caracas con 31 sur, Barrio Quiroga y Álamos Norte, Zona industrial de la ciudad de Bogotá"*. Y que la dueña o beneficiaria de esas obras fue la Caja de Compensación Familiar Compensar EPS. Aduce que el empleador Francisco José Adolfo Castillo Monroy no lo afilió al sistema general de seguridad social, que recibió su último salario el 15 de marzo de 2017. Señala que fue despedido sin justa causa por parte del empleador el 18 de junio de 2017, fecha para la cual le adeudaba el salario desde el 16 de marzo de 2017. Manifiesta que no le pagaron primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías. Indica que el 17 de agosto de 2018 presentó derecho de petición a la Compensar EPS, que le expresó que no le daba respuesta por no ser parte de la relación jurídica, y que el 20 de septiembre de 2018 remitió derecho de petición al señor Juan Carlos Castillo Monroy en calidad de contratante de la obra y representante legal de la empresa Asistir Salud S.A.S., quien negó de plano la relación laboral.

3. El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 30 de enero de 2019, admitió la demanda y ordenó notificar a los demandados (PDF 07).

4. El 18 de febrero de 2019 se notificó personalmente el demandado Francisco José Adolfo Castillo, quien contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que el demandante no fue trabajador, sino que fue "*contratado para prestar servicios como oficial de obras en las sedes de compensar EPS de la avenida caracas con 31 sur Barrio Quiroga, Álamos Norte y Zona industrial de la ciudad de Bogotá".* En cuanto a la remuneración señaló que no devengaba salario sino que *"percibía sus ingresos de acuerdo al avance de la obra que ejecutara previa*

presentación de cuentas de cobro", y que los últimos honorarios que recibió fue el 11 de junio de 2017, por la suma de $13.500.000. Finalmente indicó que el demandante abandonó la obra sin previo aviso, el 18 de junio de 2017. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, prescripción y enriquecimiento sin causa.

5. El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá por auto del 2 de mayo de 2019, tuvo por contestada la demanda por parte del señor FRANCISCO JOSÉ ADOLFO CASTILLO y ordenó notificar en debida forma a los demás demandados.

6. La apoderada de COMPENSAR EPS. se notificó personalmente el 5 de julio de 2019 (PDF 33); contestó la demanda; se opuso a las pretensiones y frente a los hechos indicó que no participó de la presunta relación contractual entre el demandante y el codemandado Francisco José Castillo Monroy; asimismo señaló que el señor Castillo Monroy no hace parte del listado de proveedores de COMPENSAR S.A. Adujo que las sedes de la Avenida Caracas con 31 Barrio Quiroga y Álamos Norte, Zona Industrial de Bogotá D.C. no son de propiedad o del dominio de ella, sino que por el contrario su titularidad es de la sociedad comercial ASISTIR SALUD S.A.S.; que fue beneficiaria de la obra, pero que no por ello responderá solidariamente de manera automática pues el "*embellecimiento, remodelación o construcción de las sedes de servicios de salud no son actividades ordinarias de las primeras, sino que su actividad principal se circunscribe a la prestación de servicios de salud".* Propuso la excepción previa de no haberse presentado prueba de la calidad en que se cita al demandado COMPENSAR E.P.S. y las de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva-improcedencia de condena solidaria en contra de Compensar EPS, cobro de lo no debido, buena fe y las demás que el Juzgado encuentre probadas (PDF 43).

7. Compensar EPS llamó en garantía a la IPS Asistir Salud S.A.S. en virtud de los contratos de prestación de servicios No. CSS065-2017, CSS098-2018, CSS029-2017 y CSS015-2012, en el que Compensar funge como contratante y la IPS como contratista, e indica que *"ASISTIR SALUD S.A.S., ante una eventual sentencia condenatoria por un acto suyo, deberá ser condenada a pagar el 100% de la indemnización y acreencias laborales irrogadas al demandante, por cuanto es esta quien en sus sedes y/o inmuebles propios presta servicios de salud con total autonomía administrativa, financiera y está obligada a responder por las acreencias laborales que reclame el personal que emplee sus subcontratistas, de conformidad con el escrito de la demanda y la cláusula mencionada en el numeral 13".* (PDF 45).

8. Asistir Salud S.A.S. contestó la demanda; se opuso a las pretensiones; indicó que "*La Sociedad ASISTIR SALUD SAS, contrato (sic) el día 25 de febrero del año 2009, los servicios profesionales del Ingeniero FRANCISCO JOSÉ CASTILLO MONROY, a través de contrato de construcción por administración delegada, con el objeto de la construcción, remodelación,*

adecuación y mantenimiento de las distintas sedes de la sociedad, dicho contrato faculta al contratista para contratar por su cuenta y riesgo todo el personal que a su juicio sea necesario para la buena marcha de las obras, así mismo se dejo (sic) establecido que no existirá relación laboral con las persona que contrate el Ingeniero FRANCISCO CASTILLO para el desarrollo del contrato". Igualmente adujo que "*La Sociedad denominada UNION TEMPORAL CORINTO, contrato (sic) los servicios profesionales del Ingeniero Francisco José Castillo Monroy, a través de contrato de obra civil, para la construcción, remodelación y reparaciones locativas del predio ubicada en la Carrera 18 No. 31ª-20 sur, de la ciudad de Bogotá D.C., en el clausulado del contrato claramente se expresa que no existirá relación laboral con las personas que subcontrate el CONTRATISTA para la ejecución del contrato".* Señaló que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar del vínculo contractual que existió entre el ingeniero Francisco José Castillo Monroy y el demandante. Que las sedes señaladas en la demanda, para la fecha de los hechos, el primer predio se encontraba en proceso de adquisición por parte de la Unión Temporal Corinto a través de contrato de Leasing con el Banco Davivienda, y el segundo predio es de propiedad de Asistir Salud S.A.S. Adujo que el señor Juan Carlos Castillo no le impartió órdenes directas al demandante para el desarrollo de las obras y/o remodelaciones contradas, y que la simple coordinación de actividades no implica la subordinación o dependencia del demandante respecto a Asistir Salud S.A.S. Propuso las excepciones de mérito de falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de la responsabilidad solidaria entre los demandados, cobro de lo no debido y buena fe (PDF 46).

9. Al contestar el llamamiento en garantía, Asistir Salud S.A. aceptó que esa IPS fue la beneficiaria de las obras de construcción y remodelación de las sedes y/o unidades de servicios que se describen en la demanda, sin embargo aclaró que contrató los servicios profesionales del ingeniero Francisco José Castillo Monroy, a través de contrato de construcción por administración delegada, con el objeto de la construcción, remodelación, adecuación y mantenimiento de las distintas sedes de la sociedad, y que dicho contrato faculta al contratista para contratar por su cuenta y riesgo todo el personal que a su juicio fuese necesario para la buena marcha de las obras, y que "*se dejo (sic) establecido que no existirá relaciona laboral con las personas que contrate el Ingeniero FRANCISCO CASTILLO MONROY, para el desarrollo del contrato".* Propuso las excepciones de fondo de oficio (PDF 51).

10. Por auto del 4 de febrero de 2020, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, tuvo por contestado el llamamiento en garantía y fijó el 26 de octubre de 2020 para la audiencia pública del artículo 77 y 80 del CPTSS (PDF 52), diligencia que se llevó a cabo, oportunidad en la cual el juzgado declaró no probada la excepción previa formulada por Compensar; y adicionó el auto del 4 de febrero de 2020, en el sentido de dar por contestada la demanda de Compensar EPS.

11. El Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de octubre de 2020, dispuso absolver a los demandados de todas y cada una de las súplicas de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia de relación laboral e inexistencia de solidaridad y se abstuvo de condenar en costas.

12. Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que manifestó: *"El despacho no tuvo en cuenta el artículo 23 del CST, quedó plenamente probado con los interrogatorios de parte de los señores demandantes y demandados que se probó que el señor demandante prestó sus servicios de manera personal. Él siempre prestó el servicio al señor ingeniero Francisco y al señor Juan Carlos, representante de la empresa Asistir Salud, dedicó por más de 2 años todo su esfuerzo, su conocimiento, para que la empresa Asistir Salud sobresaliera y fuera exitosa. No se pagaron las últimas quincenas, no se pagó el subsidio de transporte, no se estuvo afiliado a ninguna EPS, pensión y riesgos laborales durante todo su tiempo de trabajo. Se probó que estuvo subordinado, las ordenes las impartía del señor ingeniero Francisco y el señor Juan Carlos y su señoría no lo tuvo en cuenta, estuvo muy mal remunerado, solicito al Honorable Tribunal, analizar los 3 elementos esenciales para un contrato realidad. Este proceso se insistió y se probó que se cumplen los 3 elementos del contrato realidad. Bien es cierto, se hizo un contrato verbal donde el señor Ramiro Gutiérrez, demandante prestó su servicio al señor Francisco y al señor Juan Carlos, representante de Asistir. El despacho desconoció la suficiente jurisprudencia sobre los contratos realidad, desconoció el artículo 53 de la Constitución nacional y todo el material probatorio que se aportó en este proceso. Los señores demandados se aprovecharon de su superioridad, se aprovecharon de la ignorancia supina del señor demandante y la necesidad económica, se abusó inclusive el mínimo vital, el derecho a la salud, a recibir un salario de acuerdo a las normas existentes, no se le pagaron las horas extras. Este señor demandante, trabajó, día y noche en las dos sedes de la empresa Compensar, no se le pagó la liquidación final y esta defensa reclamó el pago de la sanción moratoria por su trabajo 8…) que fue de lunes a sábado, como él mismo lo expresó, inclusive en horas de la noche, porque era el encargado de cuidar las obras. Con las pruebas documentales aportadas, el testimonio recepcionado del señor Gabriel dan fe de los elementos que radica el artículo 23 del CST. Ruego, el Honorable Tribunal conceder las pretensiones de la demanda y revocar la sentencia que acaba de impartir el señor juez 12 laboral. Igualmente, con respecto a la solidaridad, se demostró que las sedes de Quiroga y la sede Álamos son de propiedad de la empresa Asistir Salud, para esta defensa si hay solidaridad porque él es el propietario de las sedes, funciona la empresa Asistir, y la empresa Compensar, tienen un contrato camuflado, llamaría yo, la empresa Compensar tiene los logotipos como se demostró con los testimonios, hasta inclusive la representante legal de Compensar admitió que la sedes tienen los logotipos de Compensar. El señor demandante lo dijo en su interrogatorio que prestó sus servicios, cumplía órdenes del señor Juan Francisco, para esta defensa no hay posibilidades de que un señor maestro construcción se desempeñe sólo, que trabaje sólo, quién daba las órdenes. Su señoría no tuvo en cuenta eso que el maestro no puede trabajar a criterio, voluntad personal tiene que existir alguien quien le supervise el trabajo, pague los honorarios como bien está en el proceso, las pruebas que fueron aportadas por el demandado, señor Francisco, de unos recibos, unos aportes de abonos a las quincenas y el señor juez lo tuvo en cuenta, pero para demostrarte que eso era un contrato de obra civil, esos pagos que fueron parciales, fueron abonos porque el señor Ramiro Gutiérrez vivía en la misma sede, él vivía y necesitaba plata para su sustento y el señor juez no lo tuvo en cuenta.*

Igualmente se demostró con el testimonio señor Gabriel, que sí trabajó con el señor Ramiro, que son trabajadores del señor Francisco. Igualmente, la empresa Asistir Salud y el señor juez no tuvo en cuenta la solidaridad que existe entre la empresa Asistir Salud y el señor Francisco, que estos dos señores son hermanos y los dos se pusieron de acuerdo para no pagarle las prestaciones sociales al señor trabajador Ramiro Gutiérrez y le solicito honorablemente al Tribunal que concede las pretensiones de la demanda, tenga en cuenta el artículo 22 y el CSY, igualmente el artículo 53. Si hay una subordinación, quien daba las órdenes, cómo es posible que un maestro de construcción haga los trabajos sólo, que él entraba solo, existía una persona, una autoridad que en este caso del señor Francisco ingeniero de obra civil y él sabe que él era el dueño de la obra, igualmente, Asistir Salud y también se condene a la empresa Compensar porque ella funciona en la sede del Quiroga y Álamos norte. Para esta defensa, no hay posibilidades de decir que no hay una subordinación porque no es posible que un trabajador llegue a la obra, viva en la obra y nadie lo controle, se le preguntó en este interrogatorio de parte quien controlaba la obra el señor Francisco, quién verifica la obra, el señor Francisco, quienes les pagaba, el señor Francisco y el señor Juan Carlos, entonces no es posible para esta defensa que no estén los 3 elementos y desafortunadamente hoy el señor Ramiro Gutiérrez tenga que acudir al recurso de apelación para que el Honorable Tribunal estudie nuevamente el proceso y se dé cuenta que los pagos que aportaron los demandados son unos pagos parciales, pero de las quincenas que recibía. El señor Gabriel es hijo del señor Ramiro, trabajó con ellos, sabe de la relación laboral y desafortunadamente el testimonio de la señora Carolina no se pudo escuchar porque se encontraba laborando y ruego al Honorable Tribunal que conceda este testimonio que quedó pendiente porque desafortunadamente la señora trabaja y no fue posible la conexión".

13. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación, mediante auto del 10 de noviembre de 2020; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual los demandados guardaron silencio.

14. El apoderado del demandante, por su parte, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia se concedan las pretensiones de la demanda; indica que se probó que el señor Ramiro Gutiérrez Bahamón fue empleado del demandado Juan Carlos Castillo Monroy, quien era el encargado de la obra, de contratar trabajadores, cancelar salarios, prestaciones social y abonos, y que las empresas Asistir Salud S.A. y Compensar EPS son solidariamente responsables. Adujo que se probó la prestación personal del servicio, el pago y la subordinación, y que el representante legal de Asistir Salud señaló que las obras sí le pertenecían y que "*él había contratado al demandado, quien es hermano y los dos hermanos se unieron para no cancelar salarios, liquidación, pago de eps, (sic) arl, (sic), fondo de pensiones, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, al señor demandante, se probó con los testimonios del señor JUAN GABRIEL GUTIERREZ, la subordinación del señor*

demandante, quien cumplía todas las órdenes impartidas por el señor demandado ***JUAN CARLOS CASTILLO MONROY*** (…)". Adujo que se probó el horario de ingreso y las horas extras que realizó para dar cumplimiento a las ordenes del demandado, el salario y que inició a laborar el 16 de noviembre de 2016. Respecto a las costas, señaló que, en el evento de no acceder a las súplicas de la demanda, no se condene en costas, pues el actor, formuló la demanda porque los demandados incumplieron con sus obligaciones laborales, sin que exista un actuar de temeridad o mala fe.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, se observa que el recurrente indica "*desafortunadamente el testimonio de la señora Carolina no se pudo escuchar porque se encontraba laborando y ruego al Honorable Tribunal que conceda este testimonio que quedó pendiente porque desafortunadamente la señora trabaja y no fue posible la conexión"; y* si bien el Tribunal puede ordenar y practicar pruebas conforme el artículo 83 del CPTYSS, ello solo ocurre frente aquellas que han sido pedidas y decretadas en primera instancia, situación que ocurrió en el presente caso; sin embargo, también se encuentra que en audiencia del 26 de octubre de 2020, el apoderado del demandante dijo: "*he tenido comunicación con la señora Carolina Molano, pero ella me dice que se encuentra laborando y que no le es permitido utilizar el celular para conectarse, le ruego, le suplico al despacho, concederme para la próxima audiencia ese testimonio que es de valiosa información, ya que ella trabajó en la sede de Quiroga y en la sede Álamos, y trabajó con el señor Francisco Adolfo y el señor Juan Carlos Monroy, su señoría"*, frente a lo cual el Juez, señaló: "*Doctor, pero en este momento, me hubiesen informado eso, porque para eso estamos en este debate y si no, no hubiésemos practicado pruebas, y precisamente para eso era la disponibilidad del testigo, y si había alguna circunstancias pues esta era la oportunidad o en el decreto de pruebas, a estas alturas del partido cuando nos dijeron que los testigos estaban listos, pues por eso fue que nosotros optamos por evacuar el debate probatorio. Lo que podemos hacer es esperarla para que tome las precauciones del caso, porque esto es como mamadera de gallo, perdónenme que se lo vaya a decir así, entonces lo que le vamos a dar es un espacio de 10 minutos para que pueda hacer su espacio de conexión o si no damos aplicación al artículo 218 de declarar precluido y esa no es la intención".* Luego de vencido el tiempo otorgado por el Juez para que la testigo Carolina Molano se conectara, el apoderado de la parte actora hace la manifestación de que desiste del testimonio, toda vez que no se pudo hacer la conectividad, para lo cual indicó: "*Gracias señor Juez, desisto del testimonio de la señora Carolina y si me concede la palabra para los alegatos de conclusión (..)"*, y, a su turno, el Juez dispuso: "*Dada la condición anterior, entonces el despacho procederá a declarar clausurado el debate probatorio, decisión que a las partes le es notificado en estrados".* Decisión que no fue recurrida por ningún apoderado, incluido el del demandante, por tanto, se encuentra en firme, no siendo la oportunidad procesal para revivir cuestiones zanjadas y superadas, por tanto, no se accederá a la solicitud del recurrente.

Ahora, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los principales problemas jurídicos por resolver son: *i)* establecer si el demandado Francisco Castillo Monroy desvirtuó la presunción del art. 24 del CST, tal como lo dijo el a quo, o si contrario a ello, entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo; ii) independientemente de si se confirma o no la decisión del a quo, pronunciarse sobre la solidaridad que se pretende se declare por parte de Asistir Salud SAS y Compensar EPS, pues el a quo se refirió a este punto y fue objeto del recurso de alzada, y finalmente, iii) en caso de confirmar la decisión del a quo, determinar si hay lugar a absolver a la parte demandante de la condena en costas, tal como lo solicita el recurrente.

Frente a la existencia o no de un contrato de trabajo, cabe anotar que, de acuerdo con los criterios sobre carga de la prueba establecidos en el artículo 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De acuerdo con esta pauta, corresponde a quien alega la condición de trabajador acreditar la existencia del contrato de trabajo; aunque valga aclarar que de conformidad con el artículo 24 del CST la simple prestación de un servicio personal hace presumir la existencia de contrato de trabajo sin que se requiera la demostración de todos sus elementos, pues la parte que niega el contrato de trabajo es la que debe demostrar que la relación es independiente o autónoma, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida. Por su parte, el artículo 23 ibídem preceptúa que para que exista un contrato de trabajo deben concurrir tres elementos esenciales a saber, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y el salario.

El a quo al proferir su decisión consideró que la labor del demandante se ejecutó en función de una contratación de obra, la cual puede ser de carácter verbal y que de acuerdo con las documentales y declaraciones de parte, no se puede desprender la existencia de subordinación y por ende, se desvirtuó la circunstancia relativa a la existencia de un contrato de trabajo. Frente al testimonio del señor Gabriel Gutiérrez Carvajal, adujo que su declaración no puede poseer el grado pleno de credibilidad, porque tiene una relación de consanguinidad con el demandante, promueve un proceso contra los mismos demandados para los efectos del pago del reconocimiento de prestaciones sociales, y porque *"su versión no es coherente con la forma en la cual pues se evidenciaron los*

correspondientes pagos", por tanto, concluyó: "*En condición de lo anterior, es determinar específicamente que el despacho no puede colegir relación existente de trabajo entre el señor Ramiro Gutiérrez Bahamón y la persona natural que es Francisco José Adolfo Castillo Monroy, desestimando las pretensiones de la demanda en ese sentido*".

Contrario a lo señalado por el a quo, el recurrente insiste que se encuentran acreditados los 3 elementos esenciales para que se declare a existencia de un contrato de trabajo, para lo cual se allegó la siguiente documental:

Petición presentada el 20 de septiembre de 2018 dirigida al señor Juan Carlos Castillo Monroy (Pág. 9-11 PDF 01); respuesta del 9 de octubre de 2016, en la que indicó: "*Conforme a la petición por ustedes enviada, en la que solicitan la expedición de copias autenticas de los aportes de salud, pensión, ARL y comprobantes de los sueldos de los periodos comprendidos entre el 16 de noviembre de 2016 al 18 de junio de 2017, me permito dar respuesta a la misma dentro del término establecido en los siguientes términos: La documentación solicitada no puede ser suministrada como quiere que entre nosotros nunca se configuró una relación de carácter laboral". (*Pág. 12 PDF 04).

Solicitud realizada a COMPENSAR EPS SALUD el 17 de agosto de 2018 (Pág. 13 -14 PDF 04), y la respuesta de dicha entidad, en la que indica: "*En esta oportunidad damos respuesta al documento de la referencia. Para el caso particular, como lo indica en el numeral tercero de los hechos de su derecho de petición de fecha 16 de agosto de 2018, usted fue "contratado por los señores Jun Carlos Castillo Monroy y el señor Francisco José Adolfo Castillo Monroy (…). En razón a lo anterior y teniendo en consideración que la Caja de Compensación Familiar Compensar no hace parte de la relación jurídica contractual a la que usted refiere en su escrito, no nos corresponde dar respuesta a las preguntas y/peticiones formuladas"* (Pág. 15 PDF 04).

Declaración del demandante, del 9 de julio de 2018, en la que indica que laboró desde el 16 de noviembre de 2016 al 18 de junio de 2017 para los señores Juan Carlos Castillo Monroy y el señor Francisco José Adolfo Castillo Monroy, propietarios de la empresa CONSORCIO CORINTO, como contratista y oficial de obra en la Avenida Caracas número 31 sur con carrera 18 barrio Quiroga de Bogotá. Que como salario mensual se acordó "*por obra ejecutada y corte de obra cada quince días el valor total del contrato fue pactado en CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES ($199.000.000),* que al terminar la obra le adeudan la suma de $84.000.000. También indicó que los señores Juan Carlos Castillo Monroy y el señor Francisco José Adolfo Castillo Monroy le adeudan trabajos realizados en la IPS ALAMOS NORTE de Bogotá y que inició esa obra el 12 de marzo de 2017 y se terminó el 15 de mayo de 2017, adeudándole la suma de $12.000.000 (pág. 18-20).

Recibos de caja menor, relacionados por el demandado como préstamos realizados a los auxiliares de la obra, donde aparecen varias cantidades de

dinero a nombre de Jonas Cuestas, Pedro Chitiva, Albeiro Cutiba, Roberto Ballesteros, Yeiner Hernández, Isabel Patiño, David Galindo, Cristian Perez, Ramiro Gutiérrez, Fredy Yepes, Diana Aguirre, Andrés David Rodriguez, Hernán Camilo Quintero, Andrés Álzate, Paola Celis, Edwin Gonzalez, (pág. 2 a 15 PDF 12). A nombre del demandante aparecen los siguientes recibos: del 3 de enero de 2017 por $800.000, por concepto de corte de obra Quiroga (pág. 4 PDF 12); 2 de abril de 2017 por $200.000, por concepto de préstamo (pág. 14 PDF 12); 15 de junio no dice año, por $40.000, por concepto de préstamo (pág. 15 PDF 12); 27 de mayo de 2017 por $90.000 por concepto de préstamo; marzo 29 de 2017 por $5.000 por concepto transporte Álamos; marzo 6 no dice año por $5.000 por transporte Álamos; 17 de marzo de 2017 por $100.000 aseo Ramiro (pág. 16 PDF 12); 17 de marzo de 2017, $10.000 para comprar tubos para baños nuevos (pág. 17 PDF 12); 14 de marzo de 2017 por $10.000 para transporte Álamos ayudante -Ramiro; abril 7 de 2017 por $15.000 para transporte Álamos; 4 de abril de 2017 por $20.000 para transporte Álamos (pág. 20 PDF 12). Recibos que el demandado indica que son adelantos realizados al demandante (pág. 22 a 35), diciembre 16, $10.000 por concepto de corte de obra #8; 7 de enero de 201 $6.100.000 corte de obra Quiroga; 21 de enero de 2017, corte # 4 por $7.000.000; 4 de marzo de 2017 por $8.300.000 por adelanto obra Álamos; 11 de marzo de 2017 por $7.000.000 por concepto de pago corte pago obra; 1 de abril de 2017 $100.000 abono trabajo Álamos; abril 1 de 2018 por $6.000.000 por corte obra Quiroga #9 ; 5 de abril de 2017 por $4.000.000, corte de obra #9; del 12 de abril de 2017 por $1.600.000; abril 12 de 2017 $1.600.000 por préstamo adelanto pago obra; abril 17 de 2017 por $9.000.000 por corte de obra # 10; abril 20 de 2017 por $50.000 por préstamo Álamos; 22 de abril de 2017 por $1.200.000 por concepto Álamos; 29 de abril de 2017 por $600.000 no dice concepto; 30 de abril de 2017 por $2.500.000 abono Álamos; 15 de mayo de 2017 por $3.000.000 por concepto de M.O.; 23 de mayo de 2017 por $450.000, abono mano obra; 27 de mayo de 2017 por $4.000.000 obra Quiroga. Paz y salvo del 11 de junio de 2017 firmado por el demandante, en donde indica: "*En la fecha recibí a suma de $13.500.000,oo correspondientes al pago de la obra de Compensar, quedando a paz y el señor Fco José Castillo. Recibí conforme.*" (pág. 27 PDF 12). Recibos denominados de nómina y adelantos entregados al demandante (pág. 28-35 PDF 12) 28 de diciembre, $1.100.000 por concepto de envío giro pago de obreros; 23 de enero de 2017 por $500.000, abono nómina de obreros adelanto de obra; enero 25 de 2017 por $800.000 por pago nómina adelanto de obra; 20 de febrero de 2017 por $20.000 por concepto arreglo Álamos; 22 de febrero de 2017 por $100.000, préstamo abono obreros; 24 de febrero de 2017 por $300.000 por concepto de préstamos para pago pulidor "Álvaro" arreglo maquina pulidora; 8 de marzo de 2017 por $10.000, trasporte Álamos, 9 de marzo de 2017, $22.000, transporte Álamos bajar tejas; 25 de marzo de 2017 por $200.000 para pulidor ácidos tablilla odontología de

obra; 21 de marzo de 2017 $15.000 para transporte Álamos; 22 de marzo de 2017 por $250.000, compra pistola drywall; 2 de mayo de 2017 por $400.000 por Álamos adelanto obreros; 2 de mayo de 2017 por $500.000 por concepto de policías; mayo 3 de 2017 por $20.000, préstamo; 5 de mayo de 2017 por $500.000 por préstamo Álamos; 12 de mayo de 2017 por $20.000 por concepto de préstamo; 14 de mayo de 2017 por $500.000 por concepto de préstamos para pago obreros de Ramiro; 20 de mayo de 2017 por $50.000 no dice concepto; 21 de mayo de 2017 por $100.000 concepto préstamos pago obreros; mayo 23 de 2017 por $550.000 por concepto de préstamo pago obreros; 27 de mayo de 2017, por $50.000, prestamos pago obreros; 30 de mayo no dice año por $50.000, prestamos pago obreros; 1 de junio de 2016 por $160.000 por préstamo; 27 de junio de 2017 por $70.000, préstamo pago obreros; 26 de junio de 2017 por $50.000, por concepto de préstamos adelantos obreros de obra, 5 de junio de 2017 por $40.000 por prestamos pago obrero.

Contrato de construcción por administracion delegada suscrito el 25 de febrero de 2009 entre el señor Juan Carlos Castillo Monroy en calidad de representante legal de Asistir Salud Ltda, como contratante y el señor Francisco José Castillo Monroy, como contratista, pactándose como objeto: "*El contratista se obliga para que (sic) el contratante a la construcción por el sistema de administración delegada y prestación de servicios profesionales, de acuerdo al reglamento de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, copia del cual se anexa y que forma parte en su totalidad del presente contrato, de las CONSTRUCCIONES, REMODELACIONES, ADECUACIONES y MANTENIMIENTOS, las distintas sedes de la IPS (El Contratante) dentro y fuera de la ciudad de Bogotá, situados en las siguientes direcciones: calle 64G 90ª 40, carrera 99 20 C 61, Avenida Villavicencio 45 D 14 sur, en la ciudad de Bogotá y Diagonal 78 21 en el municipio de Soacha. La construcción corresponde la realización de todos los trabajos necesarios para la ejecución de la obra o parte de ella, como también las obras accesorias provisionales o definitivas que sea necesario ejecutar al juicio de la interventora";* en la cláusula QUINTA se pactó: "*Ordenes de la obra: Para el mejor desarrollo de la obra, se estipula que ni el contratante ni el interventor impartirán órdenes directas al personal de la obra. Cualquier observación o recomendación le (sic) dará el interventor al Contratista o a su representante.* **OCTAVA: *Personal de la obra:*** *Las partes contratantes dejan expresa constancia de que los obreros y subcontratistas empleados de la obra, no tiene relación jurídica directa con el Contratante, sino con el contratista y que, en consecuencia, éste está obligado a atender con los fondos que el Contratante le suministre el pago de servicios, honorarios y demás obligaciones que le impone la legislación laboral, así como las de carácter civil con los subcontratistas"* (pág. 1 a 15 PDF 48).

Constitución de la Unión Temporal CORINTO el 3 de noviembre de 2015 (pág. 13 a 15 PDF 48), conformada por Clínica Partenón Ltda, Sociedad de Consultoría y prestación de servicios ANDAR S.A y ASISTIR SALUD S.A.S. con el objeto de ser proponentes en la invitación privada a cotizar que hace Caja de Compensación Familiar COMPENSAR programa EPS "*PARA LA CONTRATACIÓN DE*

LOS SERVICIOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD EN EL NIVEL BASICO, PARA EL PROGRAMA EPS DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR". Documento del mes de agosto de 2018, mediante el cual se disolvió la UNION TEMPORAL CORINTIO. (pág. 19-20 PDF 48).

Contrato de obra civil celebrado entre la Unión Temporal Corinto y Francisco José Castillo Monroy suscrito el 3 de octubre de 2016, con el objeto de "*En virtud del presente contrato, EL CONTRATISTA por su propia cuenta y riesgo se obliga a favor de **EL CONTRATANTE** a ejecutar la obra civil para la construcción, remodelación y reparaciones locativas en el predio, identificado con la matricula inmobiliaria Nro. 50S-784574, ubicado en la Carrera 18 No. 31 A-20 sur de la ciudad de Bogotá D.C. de conformidad con los planos, diseños técnicos y especificaciones previas aprobados por **EL CONTRATANTE** y los cuales hacen parte integral del presente contrato".*

También se recibieron los testimonios de Juan Gabriel Gutiérrez Carvajal y Gina Paola Moyano, quienes indicaron lo siguiente.

El señor **Juan Gabriel Gutiérrez Carvajal**, indicó ser hijo del demandante y que laboró con él en las obras de la Av. Caracas 31 Sur y Álamos Norte, que a él (testigo) lo contrató el señor Francisco Castillo, ingeniero de la obra; señaló que el contrato era continuo. A la pregunta: *"Por qué se retiró el señor Ramiro Gutiérrez de la obra",* contestó: *" Porque no nos cancelaron, bueno, o sea, más o menos a mí mi sueldo, porque pues donde sea me lo rebuscaba más o menos 2 a 3 meses no me lo cancelaron a mí, entonces de ahí nos retiramos a mí en lo personal"*, señaló que a él le pagaban $500.000 quincenal, pero que no sabe al demandante, porque "*eso ya era personal de él"* y que quien le cancelaba los honorarios al demandante en Álamos era Juan Carlos y en obra Sur el señor Francisco. Manifestó que el demandante lo buscaba y que cuando no había plata para pagar les decía a los trabajadores *"mijitos, hoy no hubo plata, pero les conseguí esto y nos pagaban, incluso él tuvo una pelea y llamaron a la policía y todo porque le iban a pegar porque pues los trabajadores no, no le pagaron a mi papá y el literal don Ramiro tuvo que buscar prestado".* Señaló que cree que el horario que cumplía el papá era de 5:00 am a 3:00 am y que "*dormía sin mentir 3 horas o cuatro horas máximas".* Señaló que el demandante no podía ausentarse de la obra, porque cualquier cosa que pasara él era el culpable. A la pregunta *"Qué labores cumplía el demandante",* contestó: *"Para mi concepto él era de todo, porque él trabajaba como maestro y supervisado a la obra y cuidado a la hora de noche, bueno, cuidamos también".* Que los materiales para trabajar en las obras se las entregaba don Francisco. Señaló que este era el que daba las ordenes y algunas veces el señor Juan Carlos *"pues él también daba su opinión y le exigía a mi papá o al maestro encargado de la obra, hacer las cosas que él quería que hicieran."* Indicó que cree que el demandante fue contratado como hace 3 años, pero que no recuerda exactamente porque fue "*hace rato".*

La testigo **Gina Paola Moyano**, auxiliar de contrataciones de Compensar, señaló que tienen un contrato de prestación de servicios con Asistir, para Quiroga y Álamos y que en las sedes con las que se tiene convenio tienen imagen de Compensar, que es una de las solicitudes que se hacen en la licitación, pero Asistir maneja por su parte, su parte administrativa y la infraestructura también es de Asistir, Compensar únicamente tiene la imagen con ellos para la prestación de los servicios exclusivos de Compensar, de sus usuarios. Adujo que la relación contractual para la prestación de servicios con la sede del Quiroga inició el 1 de julio de 2017. Señala que no conoce al señor Francisco Castillo y que tampoco tiene ninguna relación con el señor Ramiro Gutiérrez. Señaló que Compensar EPS no maneja obras, y que el dueño de la sede Quiroga y Álamos norte donde funciona Compensar EPS es Asistir IPS. Que el encargado de cancelar las prestaciones sociales y liquidaciones a los trabajadores de la sede Quiroga y Álamos norte es Asistir Salud IPS.

Analizadas las pruebas obrantes en el expediente de manera conjunta, de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, la Sala considera que razón le asiste a la a quo, pues efectivamente se encuentra acreditado que el demandante prestó el servicio a favor del demandado Francisco Castillo, tal como este lo aceptó en el interrogatorio de parte y al dar contestación a la demanda, cuando señaló que el demandante fue "*contratado para prestar servicios como oficial de obras en las sedes de compensar EPS de la avenida caracas con 31 sur Barrio Quiroga, Álamos Norte y Zona industrial de la ciudad de Bogotá".*

De manera que al quedar suficientemente acreditado que el actor prestó unos servicios personales en favor del demandado, se activa, en principio, la presunción establecida en el artículo 24 del CST en el sentido de presumir que tales servicios personales se entienden regidos por un contrato de trabajo, por lo que es la contraparte la que debe desvirtuar esa presunción.

Sin embargo, de acuerdo con los lineamientos atrás señalados, considera la Sala que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para desvirtuar la citada presunción que obró en favor del demandante, toda vez que, a juicio del Tribunal, lo acordado entre las partes claramente encaja en obligaciones propias de un contrato de prestación de servicios, o, en todo caso, uno que no corresponde a la noción de contrato de trabajo.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4143-2019, radicación 79216, del 25 de septiembre de 2019, señaló frente a los contratos civiles y de prestación de servicios, lo siguiente:

> *"(…) el contrato de obra civil es aquel a través del cual una persona, natural o jurídica, encarga a otra la construcción de una obra o la realización de una actividad; modalidad que frecuentemente se utiliza en el sector de la construcción o cuando se encarga la elaboración de un bien mueble material o corporal.*
>
> *Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.*
>
> *Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.*

Así las cosas, en armonía con esas directrices no hay duda de que en este caso lo que en realidad existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios para la construcción de unas obras. En efecto, las partes convinieron la *"construcción y la remodelación de las sedes de COMPENSAR E.P.S. ubicadas en la avenida caracas con 31 sur Barrio Quiroga y Álamos Norte, Zona Industrial de Bogotá"*, para lo cual el demandante ejercía como empresario o contratista, lo cual se desprende por un lado, de la modalidad de pago, pues si bien en la demanda y en el interrogatorio de parte el actor señaló que ingresó con un salario de $2.000.000 mensuales, esa manifestación queda en entredicho con lo indicado por el mismo demandante en la declaración que realizó el 9 de julio de 2018 y que él aportó con la demanda, de suerte que no puede desconocer su contenido, en la que indicó que el valor total del trabajo fue pactado en $199.000.000, forma de remuneración que dista de la usual en materia laboral, y que de acuerdo a los abonos parciales que realizaron los contratantes, cancelaron aproximadamente $115.000.000, quedando un saldo por pagar de $84.000.000, lo que pone en evidencia que conforme a la suma que señaló el demandante le fue entregada desde el 16 de noviembre de 2016 al 18 de junio de 2017, fue mucho más de los $2.000.000 mensuales que, según dice en la demanda, fue acordada como salario, y eso sin tener en cuenta la suma que señala se le adeuda. Ahora, llama la atención de la Sala que el recurrente insista que los recibos de caja menor eran unos abonos a las quincenas del actor; sin embargo, en los mismos se leen que son por diferentes conceptos: abono nómina de obrero, adelanto de obra, préstamo

abono obrero, arreglo de máquinas y transporte, aparte de que por la cuantía de alguno de esos pagos, es patente que no podía corresponder al salario del demandante, por tanto, es dable deducir que esas sumas no solo incluía su propia remuneración, sin que quede claro a qué podía corresponder: si al pago a los obreros que él contrataba o cualquier otro concepto, pues en este campo las pruebas son precarias. Repárese que el testigo Juan Gabriel Gutiérrez, quien según su dicho laboró junto con el demandante, dio a entender que el demandante era quien les pagaba a los trabajadores, porque cuando se le preguntó sobre el pago que le daban al señor Ramiro, contestó *"Eso ya es personal de él, yo nunca me metí con él, él me buscaba a mi quincenal, así hubiera plata no hubiera plata llegaba y nos decía a los trabajadores, mijito, hoy no hubo plata, pero les conseguí esto y nos pagaban, incluso él tuvo una pelea y llamaron a la policía y todo porque le iban a pegar porque pues los trabajadores no, no le pagaron a mi papá y literal don Ramiro tuvo que buscar prestado";* lo que confirma que en los dineros que recibía el actor se encontraba el pago de trabajadores de la obra, pues incluso el testigo narra un incidente que tuvo el actor al no poder pagarle a los trabajadores.

De manera que resulta nítido, en este caso, que el demandante no pudo estar vinculado a través de un contrato de trabajo, porque según lo dice en la declaración, pactó los trabajos por un precio global y en ese sentido lo que devengaba no era salario sino el precio por unos servicios ofrecidos y prestados.

Es de aclarar que si bien el demandante y el testigo Juan Gabriel Gutiérrez, señalaron que los señores Francisco y Juan Carlos Castillo, les daban ordenes e instrucciones para el desarrollo de las tareas encomendadas, sin embargo, no especificaron de qué tipo, tampoco lo hizo el demandante en el interrogatorio de parte, y aunque indicó que cumplía un horario y que *"inclusive vivía allá en el mismo trabajo y les cuidaba de noche",* tampoco señaló de qué manera le controlaban el cumplimiento del mismo, pues ni siquiera manifestó o dio a entender que el señor Francisco Castillo o el señor Juan Carlos Castillo asistían con regularidad a la obra y que estuvieran pendientes y supervisando las labores ejecutadas por él. Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el demandado ejercía vigilancia sobre las actividades del actor, no puede olvidarse que en estos contratos de prestación de servicios para la realización de una obra, está permitido que el contratante pueda ejercer cierta supervisión, e incluso, impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, no solo para asegurar una adecuada coordinación, sino también, porque *«naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador»,* como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral (sentencia SL3345-2021, radicación 60656, del 7 de julio de 2021), sin embargo, se reitera, en este caso no se demostró que el demandado ejerciera supervisión a los trabajos efectuados por el demandante.

Ahora, el testimonio del señor Juan Gabriel Gutiérrez Carvajal no ofreció mayor información respecto a la prestación del servicio de actor, pues indicó que trabajó con el demandante en la obra de la avenida Caracas 31 sur, y la sede Álamos norte, lo que le permitirá dar fe de la prestación del servicio del actor y la relación con los demandados, sin embargo, contrario a ello, manifestó no estar seguro de la fecha en la cual el demandante trabajó, excusándose en que había pasado mucho tiempo; asimismo, adujo que a él le pagaban de forma quincenal pero manifestó desconocer el pago que le daban al señor Ramiro Gutiérrez, señalando que era algo personal, situación que llama la atención, pus el testigo además de señalar que fue compañero de trabajo del demandante, adujo ser el hijo, circunstancia que con mayor razón le permitiría conocer este tipo de detalles. Asimismo, llama la atención, que mientras el demandante adujo cumplir un horario de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00 pm y sábados de 7:00 am a 1:00 pm, el testigo señaló que cree que fue de 5:00 am a 3:00 am y que literal *"dormía sin mentir 3 horas o cuatro horas máximas",* evidenciándose una contradicción frente a la manifestación de su padre, y tampoco resulta creíble que un persona pueda dormir únicamente ese número de horas por un lapso largo de tiempo. Ahora, si bien el testigo indicó que el demandante no podía ausentarse de la obra, adujo que era así, porque cualquier cosa que pasara, él era el culpable, expresión que permite colegir que no era por imposición de los demandados sino por la responsabilidad que tenía en la obra como "*maestro de obra",* pues no manifiesta que el demandante recibiera algún llamado de atención por el hecho de ausentarse, sino da a entender que en caso de que pasará algo, tendría que responder por su condición de contratista.

En conclusión, como aquí no quedó demostrada la existencia de un contrato de trabajo y, por el contrario, se demostró que las actividades desempeñadas por el demandante están acordes con el objeto del contrato de prestación de servicios, lo que, a su vez, se reitera, desvirtúa la presunción legal establecida en el artículo 24 del CST, no queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia del juez en todas sus partes.

Por otra parte, si bien no habría lugar a pronunciarse respecto a la solidaridad solicitada por la parte actora, por no existir condena alguna, de todas formas, en aras de resolver el recurso, la Sala se pronunciará, máxime cuando el a quo se refirió a ese punto, pese a emitir una sentencia absolutoria.

Frente a la solidaridad de los beneficiarios o dueños de la obra, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que la solidaridad se funda en la relación que existe entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa o el negocio. Al respecto se puede consultar

la sentencia, SL3806 -2021 Rad. 61641 del 18 de agosto de 2021, en donde indicó:

> *"Es importante señalar, que la solidaridad prevista en el artículo 34 del estatuto laboral, no dimana de la condición de empleador, sino de la especial posición de garante que para estos efectos, le asignó la ley a aquellas personas que acuden a terceros independientes para el desarrollo de actividades normales de su negocio o empresa, tal como lo expresó la Corte en la sentencia CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, en los siguientes términos:*
>
> *[…] debe precisarse que nada obsta, para imponer la condena solidaria, que el vínculo entre contratista y entidad estatal sea de carácter administrativo porque la imposición de la obligación solidaria emana de la ley, como ya fue dicho.*
>
> *No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado.*

Así las cosas, al resultar evidente que el giro de los negocios ordinarios tanto de Asistir Salud como de Compensar, no están encaminados a arreglos ni construcciones de carácter civil, no puede colegirle la existencia de una responsabilidad solidaria, claro en el evento de haber existido alguna condena; sin que el ser beneficiara de una obra o tener los logotipos en las sedes donde se realizaron las obras le dé el nexo de causalidad entre el contrato de obra y el trabajo o actividad normal de quien encargó su ejecución. Por tanto, también se comparte la posición del a quo en este aspecto.

Finalmente, respecto a la manifestación del recurrente de que en el evento de no acceder a las suplicas de la demanda, no se condene en costas, al considerar que el actor formuló la demanda porque los demandados incumplieron con sus obligaciones laborales sin que exista un actuar de temeridad o mala fe.

Al respecto, los numerales 1 y 3 del artículo 365 de CGP señalan respectivamente: *"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. aquella. 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda",* circunstancias en las cuales se encuentra la parte actora, pues no prosperó el recurso de apelación, sin que su causación dependa de la existencia de mala fe o no del recurrente. Por tanto, no se accederá a su solicitud, máximo que conforme el numeral 5 del mismo Código, si bien permite abstenerse de condenar en costas, esa facultad es del juez de primera instancia y en el evento de existir condena parcial, lo cual no se cumple en el presente caso.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora porque no prosperó el recurso, se fija como agencias en derecho la suma de un SMLVM a favor de la parte demandada.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 26 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Ramiro Gutiérrez Bahamón contra Francisco José Adolfo Castillo Monroy y otros. Lo anterior, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, se fija como agencias en derecho la suma de un SMLVM a favor de la parte demandada.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA PATRICIA CORREDOR PORRAS contra CAPITAL SALUD EPS-S Y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA. Radicación No. 11001-31-05-007-**2020-00186**-01.

Bogotá D. C. veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas contra la sentencia de fecha 23 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra CAPITAL SALUD EPS y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA para que se declare que entre ella y la referida EPS existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 17 de junio de 2014 al 29 de julio de 2019; se ordene su reintegro laboral por haberse incurrido en intermediación ilegal; y, como consecuencia, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás derechos laborales, desde la fecha de la terminación del contrato hasta que sea reintegrada. Subsidiariamente, solicita que se declare que el contrato terminó sin justa causa, y se condene al pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST; y se condene solidariamente a las dos demandadas al pago de: diferencias de salarios y prestaciones sociales, frente a lo devengado y lo que percibido "*por un trabajador de planta que ejerciera las mismas funciones*", aportes a la seguridad social, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones y sanción moratoria, "*con base en el salario que correspondería por derecho a la igualdad*".

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que suscribió un contrato por obra o labor determinada con la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL Y CÍA S.A.S., el 17 de junio de 2014, como trabajadora en misión de la empresa usuaria CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. para realizar apoyo administrativo en el área de coordinación de operaciones, en el cargo de analista de recobros, con un salario mensual de $1.279.157; para lo cual debía cumplir las siguientes funciones: "*Recibir los soportes del recobro (factura, historia clínica)", "Clasificar por los tiempos cronológicos de la radicación del recobro y por regional", "Verificar si el recobro cumple con la normatividad vigente y los requisitos establecidos para ellos", "Identificar el origen del recobro (tutelas o CTC), de acuerdo a lo autorizado", "Liquidar y preparar los paquetes del recobro de tecnologías No POS para ser radicados en el ente territorial y/o FOSYGA", "Validar los pagos de las facturas a recobrar", "Diligenciar bitácora, con la información de los recobros que no cumplen con los requisitos", "Alistar y consolidar la documentación para la radicación en cumplimiento del cronograma de radicación establecido por los entes de control", "Armar los paquetes, generando lo MYT, y el anexo 3, y validación de las mallas respectivas", "Generar certificación contable, de los recobros que se van a radicar, con el fin de recoger la firma del contador, de acuerdo a la normatividad vigente", "Generar oficios propios de la radicación para firma de la representante legal", "Radicar el recobro ante el ente territorial", "Apoyar en las respuestas de las glosas emitidas por el fondo financiero y secretaria del Meta y FOSYGA", "Apoyar la conciliación presencial o en caliente ante el ente Territorial", "Apoyar en el cargue de los reconocimientos económicos de los recobros presentados con base a la información del área"* y *"Preparar los soportes digitalizados de las facturas del proyecto de gratuidad"*; señala que el 30 de junio de 2015 suscribió un nuevo contrato con la empresa de servicios temporales demandada, con iguales características al anterior, y para prestar servicios a la misma empresa usuaria; y así también lo hizo en las siguientes fechas: el 11 de julio de 2016; el 24 de julio de 2017, aunque el salario ascendió a $1.447.700; y 30 de julio de 2018, con un salario mensual de $1.506.911; luego, el 29 de julio de 2019, la empresa de servicios temporales OPCIÓN TEMPORAL Y CÍA S.A.S. le informa por escrito la terminación de su contrato de trabajo, presuntamente, porque "*la empresa Usuaria había comunicado la finalización de la obra o labor que sirvió de objeto a su contrato*"; por ende, se puede concluir que las demandadas transgredieron las normas que rigen las empresas de servicios temporales y en ese sentido ha de tenerse a la EPS demandada como verdadero empleador.

3. La demanda se presentó el 30 de julio de 2020 (PDF 03); siendo inadmitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá (PDF 04), y luego de subsanada, mediante auto de fecha 12 de agosto de 2020 se admitió, se ordenó notificar a las demandadas, y se dispuso la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (PDF 06), diligencias de notificación que se cumplieron el 28 de octubre del mismo año (PDF 09).

4. La demandada OPCIÓN TEMPORAL Y CÍA S.A.S. por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la suscripción de los contratos de trabajo, el cargo y funciones desempeñadas y el salario devengado; respecto a los demás manifestó que con la demandante existieron 5 relaciones laborales, así: del 17 de junio de 2014 al 16 de junio de 2015, del 30 de junio de 2015 al 29 de junio de 2016, del 11 de julio de 2016 al 10 de julio de 2017, del 24 de julio de 2017 al 19 de julio de 2018, y del 30 de julio de 2018 al 29 de julio de 2019; las cuales eran autónomas e independientes, tenían su propia naturaleza jurídica y fueron concluidas en la forma establecida en la ley; de otro lado, indica que pagó a su trabajadora "*los salarios y los haberes que le correspondían (…) en la vigencia del contrato de trabajo y en el momento de la terminación de cada uno de los contratos de trabajo que suscribió (…) y sobre todo ante la requisición que le elevara la empresa Usuaria*"; finalmente, agrega que "*como empresa de servicio temporal, consiste en brindar un apoyo de recurso humano ante la requisición que eleve una empresa usuaria (CAPITAL SALUD E.P.S. S.A.S.) luego ese es el propósito societario de mi mandante, de modo que ante esa petición procede a enviar personal en misión y, específicamente, a la demandante en cinco (5) oportunidades*", por lo que "*no se superó el periodo indicado en la ley*" y además *"no tenía conocimiento de las posibles necesidades de la Usuaria y, por ende, solo cumplió su objetivo social enviando el personal en misión que se le requiere*". Propuso en su defensa las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, pago, prescripción y cobro de lo no debido, falta de causa, carencia de acción y la genérica; e igualmente propuso la excepción de prescripción como previa (PDF 07).

5. A su turno, la demandada CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos, aceptó que la actora laboró como trabajadora en misión para esa EPS, en el cargo de "*profesional de tesorería, auxiliar de archivo y correspondencia con ocasión de requerimientos de suministro de personal los cuales fueron realizados conforme lo establece la normativa que rige la materia*", y que el empleador de la demandante es la empresa Opción Temporal; indica que dicha EPS, desde octubre de 2015, ha sido sometida a medida cautelar de vigilancia especial por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la que se ha prorrogado hasta, incluso, el 28 de febrero de 2019, medida que surgió por "*el deterioro de los indicadores financieros de la entidad, inconsistencias en la reserva técnica y las deficiencias que en su momento se detectaron en la presentación del servicio esencial de salud que le compete*", por esa razón, durante la época de vinculación de la demandante como trabajadora en misión "*se encontraba en situación de restricción, impedimentos y limitaciones estructurales de índole financiera, además de adecuaciones o ajustes en su planta de personal, en tanto estaba sujeta a eventuales decisiones de liquidación y/o causales de disolución como prestador del servicio público esencial de salud*", y por ello, "*debió acogerse a planes temporales de vinculación de trabajadores en misión, a través de la empresa de*

servicios temporales con la cual tenía suscrito contrato comercial, siendo ésta la empresa Opción Temporal y CIA S.A.S., bajo el entendido en que ésta se obligaría contractualmente a remitir trabajadores en misión, como fue el caso del ahora demandante"; además, señala que las requisiciones de personal en misión para la época de los hechos, se fundamentaron también en situaciones sobrevinientes como lo fueron dificultades financieras, pérdidas acumuladas de la empresa y el traslado masivo de afiliados de otras EPS, para un total de 649.487 usuarios nuevos en los años 2012, 2013 y 2016; de otro lado, expone que Opción Temporal y CIA S.A.S., asumía las facultades subordinantes propias de la relación laboral con los trabajadores en misión, dentro de ellas, pagar salarios y prestaciones sociales; y la empresa usuaria, en virtud del contrato comercial, "*ejerce una subordinación delegada que se concreta únicamente en aspectos inherentes al modo, tiempo o cantidad de trabajo*", como bien lo ha reconocido la jurisprudencia; agrega que en atención al citado contrato comercial informó a la empresa de servicios temporales "*la terminación de la labor realizada por la demandante, teniendo en cuenta que la labor desempeñada ya no se requería al interior de Capital Salud EPS-S*", como quiera que, según el Decreto 3047 del 2013, "*las EPS administrarían simultáneamente afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado, por lo cual Capital Salud EPS-S se encontraba habilitada para administrar el régimen subsidiado, a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto se consideró habilitada para administrar el régimen contributivo, por lo que se requirió un profesional encargado de apoyar dichas cargas al interior de la EPS-S, una vez adecuadas las condiciones previstas en el Decreto reseñado, la labor de la demandante culminó, dando cumplimiento a la disposición normativa presentada*"; por tanto, considera que no existió relación laboral alguna con la demandante, ni adeuda acreencia alguna, como tampoco se superó el tiempo de prórroga exigido en la ley para la contratación de trabajadores en misión. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del vínculo laboral entre la demandante y Capital Salud EPS-S, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, ausencia de buena fe de la demandante y la genérica (PDF 11).

6. Con auto del 25 de marzo de 2021, se tuvo por contestada la demanda por parte de las dos entidades accionadas, y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 3 de mayo de 2021 (PDF 12); diligencia que se realizó ese día y en la misma, se fijó el 8 de junio del mismo año, para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 14), no obstante, la audiencia se preprogramó para el 6 de julio de 2021 (PDF 16). En esta última, se practicaron los interrogatorios de ambas partes, se requirió a la demandada Capital Salud EPS para que allegara documental y se señaló el 9 de agosto siguiente para su continuación (PDF 18). En la referida audiencia, se practicó, de oficio, el testimonio de Edna Lorena Walteros, se cerró el debate probatorio y se fijó el día siguiente para recibir alegatos y emitir fallo

(PDF 23); sin embargo, la audiencia se reprogramó para el 23 del mismo mes y año, dándole 5 días a la demandada Capital Salud EPS, para que allegara la documental requerida (PDF 24).

7. El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, declaró que entre la actora y Capital Salud EPS, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 17 de julio (sic) de 2014 al 30 de julio de 2019, para desempeñar el cargo de Analista de Recobros, con un salario de $1.672.135; declaró solidaridad entre las demandadas y las condenó a pagar a favor de la demandante los siguientes conceptos: *"prestaciones reales y finales compensadas"* $1.222.213; diferencia de salarios $456.704; indemnización por despido sin justa causa $5.805.214; sanción moratoria $55.578 diarios, desde el 30 de julio de 2019 hasta el 29 de julio de 2021, y a partir del 30 de julio de 2021, intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superintendencia, "*Suma que equivale a $40.146.408*"; y a la reliquidación de aportes a seguridad social, "*tomando como salario el que debió devengar como empleada de planta de Capital Salud en el cargo de analista de recobros para el periodo entre el 17 de julio de 2014 al 29 de julio de 2019, se indica que el último salario devengado por la actora fue el de $1.654.078*"; absolvió de las demás pretensiones; declaró probada la excepción de compensación, y probada parcialmente la de prescripción; finalmente, condenó en costas a las demandadas, tasándose las agencias en derecho "*en un 7% de las condenas impuestas*" (PDF 27).

8. Frente a la anterior decisión, los apoderados de ambas demandadas interpusieron recursos de apelación, así:

8.1. El apoderado de Capital Salud EPS manifestó *"…en primer lugar, quiero hacer nuevamente claridad que en ningún momento Capital Salud actuó de mala fe y no quiso quebrantar ninguna normativa frente a la vinculación que tuvo la señora Sandra Patricia Corredor Porras a través de la empresa de servicios temporales, el único fin que acudió la compañía en su momento para poder darle continuidad al objeto social que tiene la compañía, la prestación de servicios de salud, por el número de incremento de afiliados y sobre todo con ocasión a la medida cautelar que tenía interpuesta no había ningún otro margen de movimiento para poder hacer contrataciones de manera directa, dado de que la compañía no podía hacerlo; haciendo alusión frente a la señora Edna Gualteros, se logra mirar conforme al certificado que adjuntó Capital Salud frente a los salarios que devengaba también la señora Sandra Patricia Corredor Porras, se puede evidenciar que la señora Sandra Patricia Corredor Porras, desde el año 2014 hasta el 2016 tuvo salarios superiores a los que devengaba la señora Edna Gualteros, únicamente en este año 2019 fue donde sólo tuvo un incremento la señora Edna Gualteros, por lo tanto, siempre la vinculación que tuvo la señora Sandra Patricia Corredor estuvo con un salario superior; adicionalmente, la señora Edna Walteros estuvo vinculada de manera directa*

a la compañía con ocasión a una sustitución patronal que venía desde Salud Total, no era su intención por parte de la compañía pues quebrantar o intermediar a la señora Gualteros, pues porque había una imposibilidad jurídica sino que vino con ocasión a una sustitución y por el cumplimiento del deber social que tenía la compañía con la señora Edna Walteros, pues continuó su vínculo laboral como tal; ahora, la señora Sandra Patricia Corredor Porras en todo momento tenía claro su tipo de vinculación que tuvo con la temporal, tuvo claro que siempre su verdadero patrón fue la compañía Opción Temporal, y a la vez Opción Temporal siempre acreditó, en todo momento, todas sus obligaciones laborales con esta trabajadora; por otro lado, frente a revisar el artículo 23 del CST, la señora Sandra Patricia Corredor Porras, si bien es cierto de manera libre y voluntaria firmó varios contratos de obra o labor a la Opción Temporal, conociendo claramente las condiciones en las que desarrollaría su labor, la empresa a la que prestaría sus servicios y las formas de terminación del mismo, en el cual se advierte de manera clara que el empleador directo fue la empresa temporal de servicios Opción Temporal, pero que la prestación de servicios era proporcionada por la empresa usuaria, esta es, Capital Salud, en cuanto a la subordinación, de tal manera que la parte demandante de manera equivocada pretende derivar la relación laboral con mi mandante del supuesto hecho de haber recibido instrucciones de parte de agentes o trabajadores de Capital Salud a cargo de las áreas en donde ejecutó una labor o actividad temporal, desconociendo con ello que la empresa usuaria de un servicio temporal adquiera una expresa delegación de subordinación de tipo administrativo, con el objeto de impartir instrucciones y órdenes en cuanto a la calidad de modo, tiempo de trabajo, facultad que no ejercía por el derecho propio sino en virtud de un contrato comercial, con el que está ligada al proveer el servicio de suministro de personal en misión, lo anotado nos indica que el poder de subordinación de la empresa usuaria queda circunscrito a lo dispuesto en el contrato comercial y a lo previsto en el objeto del contrato laboral acordado entre la trabajadora en misión y la empresa de servicios temporales, en el que se determina la labor a desarrollar, contrayéndose la responsabilidad de beneficiario del servicio temporal a lo acordado con respecto a la misión a desarrollar por este tipo de trabajadoras; sobre la remuneración, respecto a este último elemento del contrato, el de la remuneración es claro que la señora Sandra Patricia Corredor Porras no recibía ningún tipo de remuneración alguna por parte de Capital Salud por la prestación de sus servicios, así las cosas resulta evidente que en el caso en concreto no se configuran los elementos esenciales para la relación entre mi representada de la demandante; de lo anterior se aduce claramente que no existió relación laboral alguna con la demandante Sandra Patricia Corredor Porras, por cuanto es claro que no están previstos los elementos propios del artículo 23 del CST, y que ya, como se ha demostrado, Capital Salud no ejecutó ninguna intermediación por tercerización, actuando con la figura jurídica válida para poder atender los servicios en salud que como entidad otorga al estar maniatado por una medida cautelar que en su momento tenía la entidad, con ocasión a la interpuesta por la Superintendencia Nacional de Salud; por lo anterior, solicitamos se revoquen en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado, y se absuelva a Capital Salud EPS de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por no tener vocación de prosperidad, declarando que está exenta de cualquier tipo de responsabilidad respecto a las pretensiones de la demanda, habida cuenta de la inexistencia de vínculos laborales entre las partes demandante y mi representada, según lo hemos manifestado a lo largo de este despacho".

8.2. Por su parte, apoderado de Opción Temporal indicó: *"con todo respeto manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la decisión mediante la cual se declara que entre la demandante y Capital Salud existió un contrato de trabajo desde julio de 2014 hasta julio 29 de 2019, con un último salario de $1.672.135, y por ese motivo declara a Opción Temporal como deudora solidaria de las condenas que señaló el juzgado, por $1.222.213 como reliquidación de la liquidación, $456.704 como reliquidación de salarios desde 2017 a 2019, por $5.805.214 por indemnización por terminación del contrato y $55.778 a partir del 30/07/2019 arrojando una suma por mora de $40.146.408 y a partir del mes 25 intereses; igualmente se ordenó la reliquidación de los aportes a seguridad social sobre las diferencias y se declararon probadas las excepciones propuestas, señalando agencias en derecho. Señor juez, esa manifestación, esa condena, debe el honorable Tribunal revocarla como quiera que para construirla su señoría consideró sobre todo respecto a Opción Temporal, que había obrado como un simple empleador, y esa situación dio lugar a que se analizara en forma indebida el artículo 34 del CST, como quiera que, desde la contestación de la demanda como su señoría bien lo puso de presente, se anunció que Opción Temporal había suscrito contratos de trabajo, pero aún más, desde el escrito inicial la parte demandante manifestó que efectivamente Opción Temporal había sido empleadora de la demandante; no obstante, y si ello fuese insuficiente para demostrar que no se obró como un simple intermediario y por ende, para apoyar la sentencia en las consideraciones, en nuestro juicio descontextualizadas para construir la decisión, debe señalarse que la demandante en el interrogatorio de parte expresó que, efectivamente ella conocía quién era su empleador, que ese empleador de ofrecía todas las prestaciones sociales, los salarios, la liquidación, que le comunicaba la terminación del contrato y que la había afiliado al sistema integral de seguridad social, incluso, la demandante dijo que muchas veces se iniciaba el contrato porque era decisión de ella ni siquiera salir a vacaciones; en consecuencia señor juez, allí está el fundamento para que efectivamente se vea no a Opción Temporal como un empleador aparente sino como un verdadero empleador, y como esa condición no se discutió en ningún momento en el proceso, no puede soportar mi mandante las consecuencias de la solidaridad y de hecho, atender en forma solidaria las condenas allí señaladas; desde la contestación de la demanda también se expresó que Opción Temporal no tenía ninguna situación de control o de fiscalización en la administración de Capital Salud, luego que no podíamos nosotros determinar si efectivamente ellos estaban violando Ley 50 de 1990, al disponer la contratación de personal, consideramos nosotros que efectivamente había una situación que imponía a Capital Salud la demanda de nuestro servicio de misioneros, y esa situación quedó verificada en el proceso cuando se indicó allí que sobre la usuaria recaía una medida cautelar determinada por la Superintendencia de Salud, información que fácilmente se puede ver en la web de esa entidad pública, porque eso es de conocimiento público, de modo que si Capital Salud tenía esa situación y por ello demandó el servicio, no es posible analizar en forma meramente gramatical el artículo 77 y siguientes de la Ley 50 de 1990, puesto que en el artículo 79 se establecen las situaciones que eventualmente puede llegar a un usuario en Colombia a demandar el servicio temporal; de hecho señor juez, usted recordó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en donde se indicaba que efectivamente aquellos empleadores que entraron en una situación económica también era posible que ese hecho, esa circunstancia pudiese considerarse como un fundamento para extender esa temporalidad en los contratos de trabajo, y eso fue precisamente lo que ocurrió en este informativo, de modo señor*

juez que, no existe ninguna razón para que se condene a Opción Temporal al pago solidario de las condenas; se indicó que Opción Temporal era una simple intermediaria y con las pruebas que se verificaron en el proceso y con el interrogatorio de parte, además con la confesión que ofreció el señor apoderado de la parte demandante desde el inicio del proceso, se establece que Opción Temporal no obró de esa manera, de modo que no es posible aplicar los derroteros o las enseñanzas jurisprudenciales vertidas en la sentencia del 15/08/2018 puesto que se descontextualiza esa vía judicial al aplicarla sin determinar qué fue lo que pasó en este informativo, la demandante reitero, en el interrogatorio de parte ofreció la información directa, específica, en donde su señoría pudo determinar que efectivamente en ningún momento Opción Temporal escondió u ocultó esa condición laboral, como para que se apliquen las guías judiciales a las que su señoría echó mano para construir esta sentencia, puesto que en esas vías judiciales allí se determinaron cuándo o en qué contexto era que se consideraba que una persona que aparenta ser empleador es un simple intermediario; de modo que, en esas condiciones desaparece todo ese fundamento, todo ese soporte que establece el artículo 32 del CST, puesto que, reitero, en ningún momento Opción Temporal obró de esa forma; se fundamentó el fallo en una sentencia del 24/08/1997 con ponencia del doctor Francisco Escobar Henríquez, pero en nuestro criterio al haber demostrado Opción Temporal en ningún momento ocultó esa condición, pues, prácticamente las situaciones que señalaron en esa tesis jurisprudencial no aplican y por ende, resultan descontextualizadas dentro de este informativo; igual ocurre con la sentencia del 2020 y la SL del 25 27/02/2006, puesto que Opción Temporal en ningún momento ocultó su condición; en esas decisiones se expresó que, y lo dice la ley, que cuando el servicio es permanente, la usuaria es quien debe vincular directamente a sus trabajadores, pero aquí no se hizo ninguna alusión a la situación de medida cautelar que tenía la usuaria que obligó a que solicitaran el servicio y que mi mandante en ejercicio de la facultad que le otorgó el Estado para prestar el servicio temporal, obró con esa condición; no se indicó que no se había demostrado la necesidad de la usuaria para haber obrado de esa forma, en nuestro criterio sí aparece debidamente verificado que efectivamente Capital Salud ante la situación de medida cautelar establecida por la Superintendencia Nacional de Salud, pues pudo tener esa necesidad y por ende, para nosotros era claro que efectivamente podríamos continuar prestando el servicio puesto que la entidad, la usuaria, no podía contratar directamente sus trabajadores; debo destacar señor juez que, usted decretó una prueba de oficio, y en esa prueba de oficio, que se respondió al juzgado con un documento del que 17/08/2021, se relacionaron unos salarios, y esos salarios en ningún momento fueron divulgados a mi mandante para la contratación, de modo que, tampoco es posible que derivar responsabilidad solidaria frente a una información que de haber sido la correcta no se le ofreció a mí mandante, sin embargo, se decreta desde el 30/07/2017 un reajuste salarial por $88.164, siendo que, esa diferencia obedece al último contrato, pero si nos remitimos a las liquidaciones que se presentaron como documentos al informativo, se tiene que desde 2017 hasta 2019 de la demandante devengó incluso un salario superior, puesto que las liquidaciones dan cuenta que hay una suma para liquidar prestaciones sociales en forma superior, de modo que, esos $88.164 no los devengó la demandante o no es la diferencia que se debía aplicar desde el 30/06/2017, en relación con las diferencias de la liquidación final de prestaciones sociales, esos $88.164 insisto, no es la diferencia que tenía desde el 30/07/2017 luego, los $456.704 de diferencias salariales resultan, si trabajamos con la certificación que ofreció Capital Salud el 17/08/2021, pues, viene siendo

una suma totalmente diferente e inferior. Igual acontece con la diferencia de $1.222.213 por reliquidación de prestaciones sociales, puesto que insistimos, la diferencia de los $88.164 no se dio desde el 30/07/2017 al 29/07/2019, fecha en que se terminó el contrato, luego, esa situación tampoco arroja el $1.221.213. Con relación a la indemnización por terminación del contrato de trabajo señor juez, insistimos en que Opción Temporal ofreció la información correspondiente que provenía de la requisición misma de la empresa usuaria, en donde nos manifestaban que la obra labor contratada finalizaba, luego, no es posible cargar esos $5.805.214 por concepto de indemnización moratoria (sic) como si Opción Temporal conociera que efectivamente había desaparecido la medida cautelar por la necesidad de la empresa usuaria para haber contratado a ese personal; de modo que, se discute también esa situación. En relación con los $55.778 diarios a partir del 30/07/2019 y hasta el 30/07/2021 que arroja un valor de $40.146.408, y a partir del mes 25, o del 30 de julio de 2021, intereses moratorios, se tiene que, resulta totalmente equivocada la condena moratoria puesto que, se insiste, mi mandante en ningún momento ocultó su condición de empleadora y por el contrario siempre honró y así lo expresó la demandante en el interrogatorio de parte que efectivamente siempre pagaba sus prestaciones sociales y salarios en la vigencia del contrato de trabajo sin ninguna demora, luego, no es posible ahora por una certificación que conoce mi mandante a partir del 17/08/2021, una prueba decretada por su señoría, entonces, considerar que también obró de mala fe por no haber reliquidado las prestaciones sociales con un salario desconocido por mi mandante, luego, no es posible que se cargue la indemnización moratoria; consideramos igualmente que frente a esa indemnización moratoria, existe una equivocada y manifiesta apreciación de su señoría en ese cargo moratorio y se descontextualizó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha expresado cuándo procede la indemnización moratoria, puesto que, como se insiste, mi mandante en ningún momento ha ocultado su condición de empleadora, por el contrario, hoy, en las consideraciones del fallo, en las primeras consideraciones del fallo que recurrimos, se indica que efectivamente, nosotros obramos como verdaderos empleadores y que no se discutían nuestros contratos de trabajo, ni las prestaciones sociales, luego, eso es una consecuencia que se debe hilvanar con relación a la indemnización moratoria, pero si esas razones fueses totalmente insuficientes para que ese cargo moratorio deba caerse en el Tribunal, se tiene que también, por prestaciones o por salarios y prestaciones sociales como su señoría ordenó, es decir, por $453.704 de salario con un salario que a nuestro juicio es equivocado desde el 30/07/2017, y por una reliquidación de $1.222.213, cifras y cálculos matemáticos que mi mandante no conoce puesto que no se expresaron en esta audiencia, pues se tiene que sobre $1.700.000 que realizando el ejercicio matemático correcto, se debe tener en una suma totalmente inferior, pues, resulta también desproporcionada una condena por $40.146.408, que obedecen a $55.778 a partir del día siguiente de la terminación del contrato como indemnización moratoria; también ha dicho la Corte que si bien, la indemnización moratoria no es aplicable automáticamente, se tiene que su señoría ha debido analizar que efectivamente toda la situación de este informativo se ocasiona por una inconveniente o una circunstancia de la empresa usuaria y no de mi mandante, puesto que, insistimos, mi mandante hasta hoy o hasta el día 17 de agosto cuando enviaron la comunicación, conoce efectivamente los salarios y hoy simple y llanamente se hace una reliquidación, y una reliquidación con una diferencia totalmente equivocada; en consecuencia, no se analizaron esas situaciones que conducen a que mi mandante no sea objeto de sanción moratoria, y además señor juez, puesto

que consideramos que es desproporcionado porque por una suma o una reliquidación mínima, tampoco puede condenarse a los empleadores en Colombia a asumir una indemnización moratoria que es el 600 o 700% del valor de la condena que se impone en el proceso; de modo que, esa situación también es necesario analizarla por parte del Tribunal para establecer la proporcionalidad. En relación con la reliquidación de aportes a pensiones, debe considerarse su señoría que esa decisión emerge de la información que envió la empresa usuaria, no conocida por mi mandante en el momento de la vigencia de los contratos de trabajo, luego, no es posible que se ordene la reliquidación desde el 17/07/2014 al 19/02/2019 y mucho menos con un salario de $1.674.675 como su señoría lo indicó, puesto que cada contrato como se dijo desde la contestación de la demanda, es totalmente diferente y con unos salarios que se reportaron al sistema de seguridad social, de modo que no es posible que se ordene esa reliquidación de aportes, y con mayor razón, que se ordene en forma solidaria atenderlo con intereses moratorios. Se absolvió sorprendentemente de las excepciones propuestas por mi mandante en el sentido de que no adeuda ninguna suma, y en el sentido en que efectivamente no existe ningún vicio, ningún soporte, para que se pueda considerar como solidaria responsable, no obstante, llama la atención que en el numeral séptimo u octavo de su decisión, se impone el grado jurisdiccional de consulta ante la naturaleza jurídica de la empresa usuaria, sin embargo señor juez, también es conocido por todos nosotros que ante la naturaleza jurídica oficial de una entidad, la indemnización por terminación del contrato es totalmente diferente a las reglas legales y contenidas en el Código Sustantivo de Trabajo, luego, nos parece que existe una mixtura indebida entre reglas jurídicas del sector público con reglas jurídicas del sector privado, me remito por allá al artículo 6º, si mal no estoy, de la ley 6ª de 1945, y el Decreto 2127 de 1945, artículos 45, 46, en donde se establece el contrato de trabajo a término indefinido, o el contrato ficto de trabajo en donde efectivamente allí el contrato o la temporalidad del contrato es prorrogable en 6 meses, en el proceso no está determinado ningún tipo de modalidad contractual diferente para el sector público, razón por la cual, esa situación también la debe estudiar el honorable Tribunal para los efectos correspondientes a la indemnización, puesto que, la indemnización sí se fulminó con base en las reglas legales del sector privado, razón por la cual, consideramos que esa situación también ha debido de tenerse de presente; en los términos anteriores su señoría, dejo fundamentado el recurso de apelación, y le ruego me conceda para el honorable Tribunal, revoque en su totalidad la sentencia, y se absuelva a mi mandante del cargo solidario y de todas las condenas que con esa condición deba eventualmente atender".

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitieron los recursos de apelación mediante auto del 2 de septiembre de 2021; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ambas los allegaron.

El apoderado la demandada Capital Salud EPS, aunque incurre en un lapsus al mencionar temas no discutidos en este proceso, como lo son, fuero

circunstancial y beneficios convencionales; de todas formas, indica que no debió condenarse al pago de las indemnizaciones moratorias y por despido sin justa causa dentro de este proceso, por no ser la empleadora de la demandante ni la entidad que finalizó el vínculo laboral de ella; reitera que la EST Opción Temporal y CIA S.A.S. es la verdadera empleadora de la demandante, y por tanto es un empresario independiente que obra con autonomía técnica, financiera y administrativa, y como la misma demandante en su interrogatorio de parte señaló que *"OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS (quien fungió como verdadero empleador) no le debía salarios o prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, la actora no tiene derecho a la condena del pago de la sanción moratoria"*; señala que si bien la actora prestó sus servicios como trabajadora en misión de CAPITAL SALUD EPS-S, ello lo hizo *"con ocasión de diferentes requerimientos de suministro de personal los cuales fueron realizados conforme lo establece la normatividad que rige la materia, a la empresa OPCIÓN TEMPORAL Y CÍA. S.A.S., previa suscripción del respectivo contrato comercial que valida (sic) la legalidad del acuerdo*"; insiste que dicha EPS fue objeto de medida cautelar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que, *"se encontraba en situación de restricción, impedimentos y limitaciones estructurales de índole financiera, además de adecuaciones o ajustes en su planta de personal, en tanto estaba sujeta a eventuales decisiones de liquidación y/o causales de disolución como prestador del servicio público esencial de salud, razón por la cual debió acogerse a planes temporales de vinculación de trabajadores en misión, a través de la empresa de servicios temporales"*; finalmente, insiste que no tuvo una relación laboral con la demandante, que no se demostraron los elementos del contrato de trabajo entre esa entidad y la actora, ni ejecutó *"ninguna tercerización o intermediación laboral, actuando con una figura jurídica valida (sic) para poder atender los servicios en salud que como entidad otorga, al estar maniatado por una medida cautelar*".

A su turno, el abogado de la demandada Opción Temporal reiteró lo dicho en su recurso de apelación; insiste que no actuó como simple intermediaria sino como verdadero empleador, conforme los lineamientos legales, dándose terminación al contrato de trabajo por la finalización de la obra o labor contratada, siendo un modo legal de terminación del contrato, y además pagó las acreencias de su trabajadora en debida forma, por lo que en ese sentido, no es cierto que ocultara su condición de empleador, y bajo ese entendido no adeuda suma alguna a la demandante, ni hay lugar a sostener la condena solidaria que le fue impuesta.

Finalmente, el apoderado de la demandante reiteró lo dicho en su escrito de demanda; indica que al demostrarse que Capital Salud EPS es la verdadera empleadora de la demandante y que existió desigualdad salarial, debe

confirmarse la sentencia del a quo, máxime cuando se incumplió el límite temporal de vinculación para los trabajadores de las empresas temporales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Por tanto, no será objeto de estudio los temas incluidos por la demandada Capital Salud EPS-S en sus alegatos de conclusión, relacionados con la indemnización por despido sin justa causa, pues el mismo no fue objeto de inconformidad por esa demandada en su oportunidad procesal correspondiente, esto es, en el acto de notificación de la sentencia; además, tampoco resulta procedente su estudio en grado jurisdiccional de consulta, pues, aunque es cierto que tal entidad es una sociedad de economía mixta, de orden distrital, cuya participación pública supera el 90%, lo cierto es que no se trata de una entidad territorial ni de aquellas en la que la nación sea garante, y por esa razón, no se dan los presupuestos del artículo 69 del CPTSS.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son, por parte de la demandada Capital Salud EPS-S *i)* analizar si entre la demandante y dicha demandada existió un verdadero contrato de trabajo; y de mantenerse la decisión del juez, *ii)* estudiar si hay lugar a la nivelación salarial dispuesta por el a quo; y como dicha demandada señala que no actuó de mala fe, es dable entender que también debe estudiarse *iii)* la procedencia o no de las sanciones moratorias; y por parte de la demandada Opción Temporal y CIA S.A.S., *iv)* establecer si en el caso concreto se presentó una indebida intermediación laboral, o si, por el contrario, la EST actuó como verdadero empleador de la demandante; y de confirmarse la decisión del juez; *v)* analizar si se configuran los presupuestos normativos para declarar la responsabilidad solidaria de dicha EST; *vi)* determinar si hay lugar a ordenar la reliquidación de salarios, de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social en pensión, con base en el salario dispuesto en primera instancia; *vii)* Estudiar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa; y *viii)* Analizar la viabilidad de condenar al pago la indemnización moratoria.

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados por las demandadas, los cuales se analizarán de manera conjunta, dada la relación existente entre los puntos objeto de inconformidad.

El a quo al proferir su decisión, y respecto a los puntos objeto de apelación, consideró que, "*Conforme a las pruebas que se allegaron y se practicaron, se puede colegir que la señora demandante como trabajadora, en efecto tuvo varios contratos de trabajo con Opción Temporal para desempeñar el cargo de analista de recobro y que su labor fue ejecutada para Capital Salud EPS, y extendiendo los términos de duración para el trabajo temporal, toda vez que si bien es cierto, se realizaban contrataciones anualizadas, se extendió desde 2014 hasta el 2019, la prestación de ese servicios de carácter temporal; por norma general se tiene que la EST como empleador del trabajador en misión, tal como lo ilustra el art. 74 de la Ley 50 de 1990, determina en principio, una ausencia de responsabilidad de la empresa usuaria frente a los trabajadores, sin embargo, esa responsabilidad laboral de la empresa usuaria frente al trabajador temporal desaparece cuando la empresa de servicios temporales se sale del marco legal establecido, y precisamente la empresa usuaria acolita y respalda ese tipo de conductas que violan la normatividad que regula esta clase de contratación temporal*"; cita la sentencias de la CSJ, Sala de Casación Laboral, del 24 de abril de 1997 y SL 69297 del 15 de agosto de 2018; además, agregó que, *"…si bien al inicio la demandante presentó una vinculación dentro de los parámetros de la normatividad referida, puntualmente con Opción Temporal, lo cierto es que, al transcurrir del tiempo respecto de la suscripción de los contratos de trabajo, la figura varía porque la contratación perduró por más de 6 meses, y su prórroga de 6 meses más, aunado a ello, las funciones son propias al trabajador de planta, puntualmente al cargo de auxiliar de recobros; en la contestación de la demanda se dijo que era profesional de tesorería y auxiliar de archivo y correspondencia, ya tratándose el funciones permanentes y conexas, con la función misional de Capital Salud EPS, por lo que debe configurarse la solidaridad que se alega en la demanda entre esta sociedad temporal y Capital Salud*"; al respecto, citó *in extenso*, la sentencia SL4330 de 2020, y concluyó que, *"…para el despacho resulta claro, conforme a las pruebas que se practicaron, que se allegaron al expediente, entre la señora demandante como trabajadora de Capital Salud EPS, existió una relación laboral, obedeciendo entonces al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma, donde se devela que efectivamente sí existe una subordinación directa de la demandante con Capital Salud, teniendo en cuenta principalmente que las funciones que realizaba la demandante estaban bajo subordinación de personal de esa EPS, así como la duración de esa relación laboral, que se extendió desde el 2014 hasta el 2019, se hizo extensible en el tiempo y conllevó a que, aunque hubiera una suscripción de varios contratos con la empresa de servicios temporales, la prestación de su servicio con la EPS fuera continua por mucho más del tiempo permitido en la ley; en este punto es necesario indicar que pese a que la EPS Capital Salud indique en sus certificaciones y documentales aportadas al expediente, que el cargo de analista recobro no estuvo vigente en planta para los años 2014 a 2019, y sólo para los años 2011 y 2012 sí hubo una vinculación de planta de para dicho cargo, lo cierto es que (…) la declaración recibida por la testigo Edna Gualteros, se evidencia que para el año 2017 sí había personal de planta en este cargo, es más, esta testigo, según la documental allegada, laboró en dicho cargo hasta el año 2020, tan es así que después de la culminación de la relación laboral como lo manifestó la testigo, hubo más contrataciones por parte de Opción Temporal, pero con otros trabajadores temporales para desempeñar el mismo cargo y las mismas funciones*"; agregó que si bien la demandante desempeñó el cargo de analista de recobros mediante 5 contratos por obra o labor

contratada, los mismos fueron continuos, *"solamente había espacios de tiempo entre 1 y otro que no son relevantes para efectos de desvirtuar alguna interrupción y su continuidad*", y los mismos "*superan el tiempo establecido en la ley para este tipo de contrataciones temporales, y que en todo caso, los trabajadores en misión, y más para este caso, atendiendo las funciones que desempeñó la actora a lo largo de toda la relación laboral, no se debió haber hecho mediante un contrato de trabajo temporal o por obra labor, sino con un contrato a término indefinido, pues la prestación de servicio fue continua y se extendió por todo el tiempo que se anunció, desde el 2014 hasta el 2019*". En cuanto a las diferencias salariales, indicó que según la prueba allegada, el último salario de la actora fue $1.572.913, "*lo cual tiene una diferencia respecto a los trabajadores de planta como la testigo Edna Gualteros, la cual acreditó que el salario para el año 2019 fue de $1.654.068, teniendo una diferencia entre uno y otro de $88.164, esto conlleva que la demandante sí tiene derecho a la aplicación del principio de igual trabajo igual salario, por haberse acreditado dicha situación dentro del plenario" "por lo tanto, procede la realización de sus efectos laborales con un salario real de $1.654.078 conforme a la certificación emitida por Capital Salud el 17/08/2021*"; consideró que se encuentran prescritas las acreencias que se hicieron exigibles antes del 30 de junio de 2017, y en ese orden, condenó solidariamente a las demandadas a pagar como diferencias salariales por $456.704 y diferencias por prestaciones sociales la suma de $1.222.213, teniendo en cuenta que el contrato declarado lo era a término indefinido y que *"la liquidación final debe hacerse por todo el tiempo y con el último salario que debió devengar la demandante*", para lo cual compensó las sumas pagadas por dichos conceptos por la EST. Frente a la indemnización por despido injusto, reiteró que al tratarse de un contrato de trabajo a término indefinido, dada "*la contundente inaplicación de los tiempos establecidos en la Ley 50 de 1990, sobre los contratos de trabajo para personal en misión*", había lugar a condenar por ese concepto, por cuanto "*los argumentos esbozados por la temporal en su carta de terminación del contrato se contrariaría con la realidad, toda vez que la obra o labor contratada no terminó, continuó, y desdibujan la justa causa allí aludida sobre la terminación contractual*", la que liquidó en la suma de $5.805.214. En cuanto a la indemnización moratoria, refirió que para su imposición debe analizarse la conducta del empleador al momento de la terminación del vínculo laboral, según la jurisprudencia laboral, en ese orden, "*es claro que las demandadas sí incurrieron de mala fe por cuanto, además de desdibujar la verdadera relación de la demandante, así como el verdadero cargo y salario al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, la misma se hizo con un salario distinto al que realmente debía devengar la actora, en este orden de ideas, teniendo en cuenta que la relación laboral culminó el 29/07/2019 y que el último salario que debía devengar la demandante era la suma de $1.672.767, y que la sanción moratoria indica que la misma es un día de salario por cada día de mora a partir del mes siguiente de la terminación laboral y hasta por 24 meses, es decir debe pagar la suma de $55.758 diarios por 24 meses y a partir del primer día del mes 25 debe pagar los intereses moratorios a la tasa máxima que certifiquen la Superfinanciera, esta sanción moratoria por 24 meses equivale a $40.146.408*". Finalmente, respecto a los pagos de aportes a seguridad social en pensión, accedió a esa condena "*a favor del fondo de pensiones donde se encuentra afiliada la demandante y teniendo en cuenta que los derechos pensionales son*

imprescriptibles", como quiera que "*se ha aceptado dicho derecho por la cotización al sistema por un salario inferior al que realmente debía devengar la trabajadora*", y por esa razón, "*debe condenarse de manera solidaria a las demandadas a pagar a la demandante, las diferencias de los aportes de seguridad social en pensiones, de toda la relación laboral, es decir el 17 de Julio de 2014 al 29 de julio de 2019, mediante cálculo que deba hacer el fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante, incluyendo los intereses moratorios, que deberán calcularse sobre las diferencias en el pago de aportes a pensión, para lo cual debe tenerse como un ingreso base de cotización, el salario que devengaba los empleados de planta de Capital Salud para el cargo de analista de recobro"*.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que la demandante prestó sus servicios personales en las instalaciones de la demandada Capital Salud EPS-S, desde el 17 de junio de 2014 hasta el 29 de julio de 2019; y que, durante ese período, suscribió cinco contratos de trabajo por obra o labor contratada con la empresa de servicios temporales Opción Temporal y CIA S.A.S.

Frente a la contratación con empresas temporales, tanto el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006 (compilado en el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015) establece que los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos: *"1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo", "2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad",* y *"3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más".* Además, en el parágrafo de dicha norma señala: *"Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio".* De esta manera, al prolongarse las actividades del trabajador en misión por más del término legal es claro que se trasgrede el parámetro normativo.

Cabe recordar que en la exposición de motivos de la Ley 50 de 1990 se dijo que la regulación sobre las empresas de servicios temporales tendía a darles un *"marco legal adecuado y <u>se protejan debidamente los derechos de los trabajadores</u>"* por lo que *"se define lo que es el servicio temporal y se precisan los casos en que los usuarios de dichas empresas pueden contratar con estas, <u>insistiendo en que la temporalidad es de la esencia de tales contratos</u>"*. (Subrayas no son del original).

En la ponencia para primer debate se insistió en estos aspectos y se dijo *"En la práctica desborda la noción de empleo de naturaleza rigurosamente temporal hasta el punto que se ha desarrollado la costumbre de sustituir trabajadores permanentes por temporales"*. Ya en este informe se expresa la preocupación por restringir el espacio temporal de contratación de empresas temporales y en este sentido se dice: "*El pliego de modificaciones incluye algunos puntos que seguramente ayudarán a desmontar los abusos que bastante perjuicios están causando a los trabajadores. Son los siguientes - Se disminuye a un año con otro de prórroga los períodos máximos de contratación de trabajadores temporales. La medida debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales.*" Y en la ponencia para segundo debate se redujo aún más el citado término y se establecieron unos motivos taxativos que harían viable la utilización de esa figura. Allí se explicó: *"Con referencia al marco regulador de las empresas de servicios temporales presentado en el proyecto original y teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por los ponentes para el primer debate, se consideró necesario restringir aún más el campo de acción de estas empresas, por cuanto si se da la posibilidad de contratación directa por períodos inferiores a un año, no habría lugar a la vinculación de temporales. Por ello se prevé que los usuarios sólo podrán contratarlas cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, distintas a las actividades normales del empleador y cuya duración no sea superior a un mes; para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más."*

De modo que la regulación que quedó finalmente establecida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 fue fruto de una ardua e intensa discusión, y el estudio de esos antecedentes permite develar cuál fue la verdadera intención del legislador al imponer un tope temporal para la contratación por esta modalidad, que se deducen del hecho de que se definieran unos motivos específicos para dichos contratos y al señalar que la temporalidad es de la esencia de esos contratos. No puede pasarse por alto que según el artículo 1501 del Código Civil *"Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente",* lo que quiere decir que el desconocimiento de los límites temporales o de los motivos de la contratación temporal, que son de la esencia de los contratos con las E.S.T., se traducen en los efectos contemplados en la norma que se acaba de relacionar, es decir su ineficacia.

Por tanto, no puede acogerse la tesis de la demandada Opción Temporal, en el sentido de entender que si la empresa usuaria se encontraba en "*una situación económica" "pudiese considerarse como un fundamento para extender esa temporalidad"*, pues la norma no consagra excepción alguna al respecto, y contrario a lo afirmado por el recurrente, la jurisprudencia tampoco se ha referido en esos términos; pues, al respecto, el entendimiento de las disposiciones legales antes referidas, ha sido

expuesto por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, de manera pacífica, de modo que lo hasta ahora expuesto no hace más que recoger esas líneas jurisprudenciales invariables y reiteradas.

Es así como la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho *"… la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435; …planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador. Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, …todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales"* (Radicación 25717 del 21 de febrero de 2006, reiterada entre otras, en sentencia CSJ SL866-2020).

Aunado a lo anterior, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las empresas de servicios temporales no pueden ser utilizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 (Sentencia SL4330-2020 Rad. 83692 del 21 de octubre de 2020, que rememoró la CSJ SL467-2019).

Así las cosas, se debe verificar si en el caso concreto la vinculación laboral de la actora se realizó cumpliendo los parámetros legales y jurisprudenciales, y, por tanto, establecer quién fungió como su verdadero empleador.

Para resolver el problema planteado, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental,

Contratos de trabajo por obra o labor determinada, suscritos entre la demandante y la demandada Opción Temporal y CIA S.A.S., los días 17 de junio

de 2014, 30 de junio de 2015, 11 de julio de 2016, 24 de julio de 2017 y 30 de julio de 2018; para prestar servicios como trabajadora en misión, en la empresa usuaria EPS-S Capital Salud, en el cargo de analista de recobros; además, se advierte que en esos contratos se pactó que la labor se ejecutaría "*de conformidad con las órdenes e instrucciones que le impartan el EMPLEADOR, la Empresa Usuaria o sus representantes…"* (pág. 2-12 PDF 02).

Liquidaciones definitivas del contrato de trabajo de las siguientes fechas: 12 de junio de 2015, en la que se indica fecha de ingreso 17 de junio de 2014 y de finalización 16 de junio de 2015; 30 de junio de 2016, en la que se indica fecha de ingreso 30 de junio de 2015 y retiro el 29 de junio de 2016; 10 de julio de 2017, en la que se indica fecha de ingreso el 11 de julio de 2016 y terminación el 10 de julio de 2017; 17 de julio de 2018, que hace referencia como fecha de ingreso el 24 de julio de 2017 y de finalización el 19 de julio de 2018; y la del 2 de agosto de 2019, que indica fecha de ingreso el 30 de julio de 2018 y de retiro el 29 de julio de 2019; en tales liquidaciones se indica como "*Causa Terminación Contrato: "TERMINACIÓN DE OBRA O LABOR*" (pág. 20-25 PDF 07).

Comunicación sin fecha y sin nombre de destinatario, en la que la analista de gestión humana de Capital Salud solicita "*las terminaciones de contrato el mismo día de su vencimiento, quedando pendiente la autorización para renovaciones*", dentro de los cuales se relacionan a la demandante, con fecha 30 de junio de 2015 (pág. 22 PDF 07).

Carta de finalización del contrato de trabajo por obra o labor determinada, de fecha 29 de julio de 2019, en la que la EST Opción Temporal informa a la demandante que el contrato finalizaría ese día, "*toda vez que la Empresa Usuaria que contrató la prestación de nuestros servicios de suministro de personal temporal ha comunicado a su vez la finalización de la obra o labor que sirvió de objeto a su contrato"* (pág. 13 PDF 02).

Certificación laboral expedida por la EST Opción Temporal, el 17 de febrero de 2020, en la que indica que la demandante se desempeñó como analista de recobros en la empresa usuaria Capital Salud EPS-S, mediante 5 contratos, así: del 17 de junio de 2014 al 16 de junio de 2015; del 30 de junio de 2015 al 29 de junio de 2016; del 11 de julio de 2016 al 10 de julio de 2017; 24 de julio de 2017 al 19 de julio de 2018; y del 30 de julio de 2018 al 29 de julio de 2019; para lo cual, desempeñó las siguientes funciones "*Recibir los soportes del recobro (factura, historia clínica)", "Clasificar por los tiempos cronológicos de la radicación del recobro y por regional", "Verificar si el recobro cumple con la normatividad vigente y los requisitos establecidos para ellos", "Identificar el origen del recobro (tutelas o CTC), de acuerdo a lo autorizado", "Liquidar y preparar los paquetes del recobro de tecnologías No POS para ser radicados en el ente territorial y/o FOSYGA", "Validar los pagos de las facturas a recobrar", "Diligenciar bitácora, con la información de los recobros que no cumplen con los requisitos", "Alistar*

y consolidar la documentación para la radicación en cumplimiento del cronograma de radicación establecido por los entes de control", "Armar los paquetes, generando lo MYT, y el anexo 3, y validación de las mallas respectivas", "Generar certificación contable, de los recobros que se van a radicar, con el fin de recoger la firma del contador, de acuerdo a la normatividad vigente", "Generar oficios propios de la radicación para firma de la representante legal", "Radicar el recobro ante el ente territorial", "Apoyar en las respuestas de las glosas emitidas por el fondo financiero y secretaria del Meta y FOSYGA", "Apoyar la conciliación presencial o en caliente ante el ente Territorial", "Apoyar en el cargue de los reconocimientos económicos de los recobros presentados con base a la información del área", "Preparar los soportes digitalizados de las facturas del proyecto de gratuidad"; y "*las demás que le sean asignadas por su jefe inmediato que se deriven de la naturaleza de la labor contratada y contribuyan al adecuado funcionamiento del área y al cumplimiento de los objetivos de las labores asignadas"* (pág. 14-15 PDF 02).

Contrato de prestación de servicios suscrito entre Capital Salud EPS-S y Opción Temporal y CIA S.A.S., el 14 de junio de 2013, mediante el cual la EST "*se obliga a suministrar trabajadores en misión al CONTRATANTE, para los casos y en los términos señalados en el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990*"; además, se indica que, la EST *"se compromete a reemplazar a cualquier trabajador en misión que en concepto de él mismo o del CONTRATANTE, deba ser retirado de las labores asignadas para la prestación del servicio*"; por su parte, Capital Salud dentro de sus obligaciones, se obliga a transferir a la EST el valor de la factura mensual que esta última expida, en la que se incluya "*El valor de los salarios", "Auxilio de Transporte", "Prestaciones sociales", "Aportes Parafiscales", "causados por los trabajadores en misión que estén a servicio del* ***CONTRATANTE****, durante el respectivo mes*"; además, la EST cobra un porcentaje por la "*Administración de Nómina*"; de otro lado, la empresa contratante, esto es, Capital Salud, se obliga a entregar a los trabajadores en misión, la dotación; y en la cláusula 17ª se pacta que "*el CONTRATANTE queda facultado para dar órdenes e impartir instrucciones a los trabajadores en misión, en nombre de LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, así como para exigirles el cumplimiento de las mismas durante el tiempo en el que desempeñen las labores asignadas*"; finalmente, en la cláusula 18ª se pacta la exclusión de la relación laboral entre Capital Salud y los trabajadores en misión (pág. 25-45 PDF 11).

Comunicación expedida por la demandada Capital Salud EPS-S, sin fecha, en la que informa que "*durante los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, y Opción Temporal y CIA S.A.S., CAPITAL SALUD EPS-s no contaba con trabajadores desempeñando el cargo de* ***ANALISTA DE RECOBROS*** *en su planta de personal*" (PDF 15). Luego, mediante nueva comunicación indica que en los años 2011 y 2012 vinculó de manera directa a 3 analistas de recobro, cuyos contratos de trabajo perduraron hasta el 11 de diciembre de 2013, 8 de febrero de 2017 y 14 de julio de 2020, dentro de ellos, la testigo que declaró en juicio, Edna Lorena Walteros Granados; igualmente, señala que, durante los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y

2019, "*la compañía no contaba con personal de planta con denominaciones de cargos diferentes y que ejecutara funciones equivalentes a los ANALISTA DE RECOBROS*"; finalmente, indicó que las funciones que realizaban los 3 analistas de recobros, vinculados directamente por Capital Salud, son las siguientes: "*Recibir los soportes del recobro (factura, historia clínica)", "Clasificar por los tiempos cronológicos de la radicación del recobro y por regional", "Verificar si el recobro cumple con la normatividad vigente y los requisitos establecidos para ellos", "Identificar el origen del recobro/cobro (tutelas o CTC), de acuerdo a lo autorizado", "Liquidar y preparar los paquetes del recobro/cobro de tecnologías No cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC para ser radicados en el ente territorial y/o ADRES", "Validar los pagos de las facturas a recobrar", "Diligenciar bitácora, con la información de los recobros que no cumplen con los requisitos", "realizar el alistamiento y consolidar la documentación para la radicación en cumplimiento del cronograma de radicación establecido por los entes de control", "Conformar los paquetes de radicación y generar los formatos de liquidación MYT, anexos, y validación de las mallas respectivas", "Efectuar la generación de la certificación contable, de los recobros que se van a radicar, con el fin de recoger la firma del contador, de acuerdo a la normatividad vigente", "Radicar el recobro/cobro ante el ente territorial, "Apoyar en las respuestas de las glosas emitidas por el fondo financiero y secretaria del Meta y ADRES", "Apoyar la conciliación presencial o en caliente ante el ente Territorial", "Apoyar en el cargue en la base de datos y reporte al área de contabilidad de los reconocimientos económicos de los recobros presentados con base a la información del área", "Preparar los soportes digitalizados de las facturas del proyecto de gratuidad, "realizar auditoría de calidad de los recobros/cobros que serán presentados en radicación a las diferentes entidades", y "las demás que le sean asignadas por su jefe inmediato de forma verbal y no verbal que se deriven de la naturaleza de su cargo y contribuyan al adecuado funcionamiento del área y al cumplimiento de los objetivos del cargo".*

También se recibió la declaración testimonial de la señora **Edna Lorena Walteros Granados**, quien señala que fue contratada directamente por la demandada Capital Salud EPS-S, por lo que era trabajadora de planta; explica que ejerció el mismo cargo de analista de recobros que la demandante, y que realizaba la *misma función* que hacía la actora; que trabajó para esa entidad desde abril de 2010 hasta 2020; indica que su último salario era de $1.664.078; que devengaba entre $50.000 o $60.000 más que la demandante, pero que ella no tenía dotación, mientras que a la actora sí le daban dotación; agrega que tanto las funciones de ella, como de la demandante, eran "*recibir los soportes del recobro a fin de cumplir requerimientos de la entidad, clasificar los tiempos cronológicos de radicación de recobros, verificar si el recobro cumplía con la normatividad vigente, identificar el origen del recobro, liquidar y preparar los paquetes para ADRES, validar los pagos de las facturas, diligenciar bitácora con la información de los recobros, realizar alistamiento y consolidar la documentación para la radicación y conformar los paquetes de radicación para los formatos de liquidación en la normatividad vigente";* que las dos tenían los mismos jefes inmediatos, que eran de Capital Salud, *"estuvo la jefe y Ilda y la jefe Andrea*", otro doctor que no recordaba el nombre, y, finalmente, *"la*

tercera jefe que fue la que ya decidió no renovar los contratos, que fue por la cual yo también salí, que fue Alejandra Velandia", y aclaró que los analistas de recobros de la temporal "*siempre se guían de todas las órdenes que el jefe inmediato daba por Capital Salud, o sea, ellos nunca fueron mandados por Opción Temporal sino por lo que ordenaba el jefe inmediato en Capital*"; explica que esta última jefe fue quien decidió no renovar los contratos de los analistas de recobro contratados por la temporal, lo que ocurrió en el año 2019, por lo que solo quedaron "*los chicos de planta y una señora que estaba a vísperas de pensionarse; nosotros fuimos los únicos que quedamos ahí de todas las personas que ya llevábamos laborando ya casi 3, 4 años seguido*", no obstante, "*se siguieron contratando personas por opción temporal*", e incluso, a finales de 2019 "*tuvimos una contingencia y contrataron hartísimas personas pero de los compañeros que existían antes ninguno*", agregó que todos los que ingresaron continuaron con las mismas funciones que tenían los analistas a quienes les terminaron el contrato, como el caso de la demandante, aunque aclaró que había personas que aunque tenían las mismas funciones del cargo de analista de recobros, el cargo se denominaba analista de cuentas médicas y glosas, como el caso de su compañero de puesto Felipe Benítez, con quien habían trabajado en el mismo cargo por 9 años, e incluso, él "*aún continúa laborando con capital salud*"; de otro lado, indicó que los analistas de recobros de planta les pagaban una bonificación por quinquenio y les pagaban vacaciones, mientras que los de la temporal no; finalmente, indica que entre los analistas de recobros de la temporal y el jefe inmediato de Capital Salud, se acordaban los días de descanso, y que en ese acuerdo no intervenía Opción Temporal.

Por su parte, la **demandante** en el interrogatorio de parte reiteró lo dicho en su escrito de demanda; refirió que mientras prestó servicios en Capital Salud su jefe inmediata fue "*Ilda Pinzón, que ella salió más o menos a mediados del 2017, ahí ingresó o se hizo cargo como jefe mientras contrataron a otra persona, estuvo el doctor Borge Asensio, que él era el jefe de recobros y de CTC, ya después contrataron a la señora Andrea Beltrán que fue ya la jefe que tomó todo el control del área, jefe del área de recobros*"; aceptó que suscribió 5 contratos con la EST Opción Temporal en los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, y que esa EST pagó sus salarios y prestaciones sociales, e igualmente la afilió a la seguridad social, aunque agregó que para el pago de sus salarios "*siempre dependíamos de Capital Salud, si Capital Salud no le pagaba la a la temporal nuestro pago se demoraba*", y admitió que dicha EST le comunicaba la finalización de cada contrato, y agregó que, "*pues estaba en mi si lo aceptaba o no, lo entiendo así, pero pues era eso o quedarme sin trabajo, aparte de que soy madre soltera, cabeza de familia*"; además, señaló que entre uno y otro contrato habían unos días que quedaba desvinculada "*porque realmente yo lo solicitaba así*", "*pues, por ellos hubiera sido, no me hubieran hecho ningún descanso sino que hubiera continuado un día para el otro*", no obstante, esa semana o días que estaba desvinculada "*no era remunerada, porque cortaban el contrato y volvían a reiniciarlo en el tiempo que me volvían a llamar*"; admitió que

cuando debía pedir algún permiso se lo comunicaba a Opción Temporal, y aunque no fue objeto de procesos disciplinarios, entendía que se tramitaban directamente con la EST; finalmente, indicó que había compañeros que ejercían el cargo de analistas de recobro, contratados de planta, como el caso de la señora Edna Walteros y Felipe Benítez, aunque este último a pesar de cumplir las mismas funciones, le cambiaron la denominación del cargo; finalmente, indica que todos los analistas de recobro recibían órdenes de Capital Salud, como lo fueron, Ilda Pinzón, Jorge Ascencio y Andrea Beltrán, quienes eran trabajadores de planta de Capital Salud.

En representante legal de la EST **Opción Temporal** señaló que conforme al contrato comercial que tenía con Capital Salud para el suministro de personal, dicha EPS les daba "*unas órdenes de servicio tanto de ingreso como de ingreso del personal que se iba a contratar*"; dice que esos contratos comerciales "*eran anuales y después hicimos prórroga de esos contratos con unos otrosí, los cuales vinieron desde el año 2013 al año 2020*", y que los trabajadores "*nunca superaron su año, es decir los 6 meses, se prorrogaban los 6 meses más; nunca superaron su año y los cuales pues Capital Salud nos daba las directrices para decirle tanto ingreso como de retiro de órdenes servicio*"; y que en el caso de la demandante, "*fue decisión de Capital Salud terminar su labor con ella, iniciamos con los contratos como bien se ha dicho, el 17 de junio del año 2014, cada año, en donde cada año se le pagaban a ella todas sus prestaciones de ley, siempre estuvo afiliada al sistema de seguridad social y tuvo sus liquidaciones año a año, hasta el año 2019, 29 de Julio de 2019*"; agregó que "*renovamos por una orden de servicio generada por Capital*".

Así las cosas, analizadas de manera integral las anteriores pruebas, es dable concluir que, en efecto, la vinculación de la demandante a través de la EST superó el máximo establecido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es decir se seis meses, prorrogables por otros seis, como quiera que dicho vínculo se extendió entre el 17 de junio de 2014 y el 29 de julio de 2019, vale decir, por más de 5 años, y aunque la demandante suscribió 5 contratos de trabajo, así: del 17 de junio de 2014 al 16 de junio de 2015, del 30 de junio de 2015 al 29 de junio de 2016, del 11 de julio de 2016 al 10 de julio de 2017, 24 de julio de 2017 al 19 de julio de 2018 y del 30 de julio de 2018 al 29 de julio de 2019, por lo que existía entre uno y otro contrato interrupciones que oscilaban entre 10 a 13 días, lo cierto es que, como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, debe entenderse que existió un solo contrato (sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 36897, reiterada en sentencias CSJ SL8936-2015, CSJ SL2193-2018 y SL866-2020), que se desarrolló en forma continua e ininterrumpida entre los lapsos antes enunciados, vale decir, del 17 de junio de 2014 al 29 de julio de 2019. En consecuencia, al haberse prolongado las actividades de la trabajadora en misión por más del término legal, se transgredió la norma que rige la materia, y el hecho que se hayan suscrito cinco contratos de trabajo por obra o

labor contratada con la EST Opción Temporal, en modo alguno disipa la violación de la norma ni legitima la actuación de la usuaria, máxime cuando no se allegaron al plenario las *"órdenes de servicios"* emitidas por la EPS para la nueva contratación de la demandante, referidas por el representante legal de la EST en su interrogatorio de parte, y que, según él, justificaban la nueva contratación, como tampoco las prórrogas de los contratos una vez se cumplieron los primeros 6 meses establecidos en la norma.

Además, como quedó acreditado con las pruebas antes referidas, la demandante siempre ejerció el mismo cargo de analista de recobro, con iguales funciones durante la vigencia de la relación laboral, por ende, fácil resulta concluir que la ella no desarrollaba actividades ocasionales, sino por el contrario, eran labores permanentes de la empresa usuaria; además, la labor desempeñada por la actora no encaja en ninguna de las previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, circunstancia que, dicho sea de paso, tampoco quedó determinada, ni en el contrato comercial que suscribieron las dos demandadas, ni los contratos de trabajos suscritos entre la demandante y la EST; por tanto, puede colegirse, sin lugar a duda, que lo que se pretendió con la contratación de la demandante, era cumplir, de manera permanente, con uno de los objetos o actividades misionales de Capital Salud EPS-S, y en ese orden no podía acudirse a la figura de la intermediación laboral para el desarrollo de actividades que, se reitera, no eran temporales.

En este punto, conviene agregar que aunque la demandada Capital Salud EPS-S señale que no se cumplen los elementos esenciales que configuren el contrato de trabajo de la demandante con esa demandada, debe decirse que en casos como el presente no se discute como tal la naturaleza laboral de la vinculación, sino que lo que debe analizarse es si las actividades desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, o, por el contrario, si las mismas son permanentes, caso en el cual, la empresa usuaria se convierte en un verdadero empleador, como en efecto se acredito en este asunto.

Igualmente, si bien las demandadas justifican que se extendió la temporalidad por fuera de los límites establecidos en la ley por la medida cautelar que le fue impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud a la demandada Capital Salud EPS-S, lo que en cierta forma obligó a la entidad a contratar su personal por intermedio de EST, lo cierto es que, de un lado, no se allegó prueba alguna de esa medida, y aunque así fuera, según lo señala tal EPS, la misma le fue impuesta desde octubre de 2015, y como ya se advirtió, la contratación de la demandante por intermedio de la EST, se dio desde antes de esa fecha, esto es, desde el 17 de junio de 2014, por lo que su vinculación no pudo estar

soportada en esa circunstancia, y como se ha reiterado, el cumplimiento de la temporalidad en la contratación con EST es un requisito de su esencia, y ante su inobservancia, el contrato deviene ineficaz. Además, esa justificación de la EPS demandada permite concluir que es consciente que ha vinculado personal a través de EST cuando debió hacerlo directamente, por tratarse de necesidades permanentes de la entidad.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la sentencia del juez que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Capital Salud EPS-S, a término indefinido, vigente desde el 17 de junio de 2014 hasta el 29 de julio de 2019.

Ahora, al demostrarse que se superó la temporalidad límite y que se contrató para finalidades diferentes a las previstas en la ley, desvirtuándose completamente la temporalidad del servicio, y, por el contrario, se advierte su vocación de permanencia, la consecuencia no es otra que la de tener a la usuaria como verdadera empleadora y a la EST como simple intermediaria, como bien lo ha dicho la jurisprudencia (sentencia CSJ SL, 21 feb. 2006, rad. 25717 reiterada en sentencia SL866-2020 y SL3764-2022), pues, en tales condiciones, se desdibuja la legalidad y legitimidad de dicha forma de vinculación laboral; y en ese sentido, la EST debe responder solidariamente por los derechos laborales que se causen, como lo concluyó el juez de primera instancia, esto, en concordancia con lo establecido en el numeral 3º del artículo 35 del CST. Así las cosas, habrá que confirmarse la decisión en este aspecto.

Frente a la nivelación salarial, a la que accedió el a quo, la recurrente señala que no había lugar a ordenar reajuste salarial alguno porque a su juicio, solo hasta el "*17/08/2021, se relacionaron unos salarios, y esos salarios en ningún momento fueron divulgados a mi mandante para la contratación, de modo que, tampoco es posible derivar responsabilidad solidaria"*, sin embargo, como ya se explicó, dicha solidaridad se declaró por haberse demostrado que la EST actuó como simple intermediaria, y en tales casos, la EST debe responder solidariamente por todos los derechos laborales que se causen a favor de la trabajadora en misión, dentro de ellos, precisamente, la nivelación salarial aquí pretendida, si se demuestra que a ello hay lugar.

El artículo 143 del CST señala que, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, y agrega que todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación. A su turno, la jurisprudencia laboral ha señalado que al trabajador le compete demostrar la existencia de otro u otros

trabajadores que realizaron idéntico cargo, con funciones similares, con equivalencia en la jornada laboral, en el rendimiento y eficiencia (sentencia CSJ SL4825-2020, reiterada en sentencia CSJ SL-2809-2022).

No obstante, como quedó dilucidado en las pruebas recaudadas, la demandante demostró que la señora Edna Lorena Walteros ejercía idéntico cargo de auxiliar de recobros, desempeñaba las mismas funciones que ella ejecutaba, e incluso eran compañeras de trabajo y laboraban en el mismo turno de trabajo; es más, la EST Opción Temporal certificó las funciones que la demandante ejerció en vigencia de su contrato, las cuales, son las mismas que la demandada Capital Salud EPS certificó que realizó la señora Edna Walteros; igualmente, de la certificación allegada por la EPS demandada y las liquidaciones de contrato de la demandante allegadas por la EST, se puede concluir que en realidad existió un trato salarial diferenciado, sin que el mismo estuviera justificado, pues la EPS demandada, ninguna razón extendió para avalar esa diferencia y, en consecuencia, ese aspecto deberá confirmarse.

Ahora, en aras de verificar el valor real de esa diferencia salarial, de los documentos antes aludidos, se observa que existen las siguientes diferencias:

AÑO	SALARIO DEMANDANTE	SALARIO EDNA WALTEROS	DIFERENCIA SALARIAL
2014	$ 1.279.156	$ 1.279.157	$ 1
2015	$ 1.279.156	$ 1.345.162	$ 66.006
2016	$ 1.279.156	$ 1.436.229	$ 157.073
2017	$ 1.447.699	$ 1.522.403	$ 74.704
2018	$ 1.506.910	$ 1.584.669	$ 77.759
2019	$ 1.572.913	$ 1.654.078	$ 81.165

Ahora, como quiera que el juez de primera instancia consideró que las acreencias laborales que se hicieron exigibles antes del 30/06/2017 se encontraban prescritas, por cuanto la relación laboral de la demandante culminó el 29/06/2019 y la demanda se presentó el 30/06/2020, análisis que comparte la Sala, se tendrá en cuenta dicha declaratoria para efectos de verificar las condenas impuestas por el juez.

El juzgado condenó al pago de: diferencia de salarios $456.704; prestaciones sociales: $1.222.213; indemnización por despido sin justa causa: $5.805.214; sanción moratoria $55.578 diarios, desde el 30 de julio de 2019 hasta el 29 de julio de 2021, y a partir del 30 de julio de 2021, para un total de $40.146.408, e intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superintendencia; y a la reliquidación de aportes a seguridad social, "*tomando como salario el que debió devengar como empleada de planta de Capital Salud en el cargo de analista de recobros para el*

periodo entre el 17 de julio de 2014 al 29 de julio de 2019, se indica que el último salario devengado por la actora fue el de $1.654.078".

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se tiene que, por concepto de diferencias salariales, liquidadas desde el 30 de junio de 2017 hasta el 29 de julio de 2019, resulta un valor a favor de la demandante de $1.947.052, sin embargo, en aras de no agravar la condición del único apelante, se confirmará la decisión del juez.

Ahora, el juez condenó al pago de $1.222.213 por reajustes de prestaciones sociales, y aunque no aclaró a cuáles prestaciones hacía referencia, como tampoco adjuntó la liquidación que hizo para el efecto, ha de entenderse que se trataba de las cesantías y las primas de servicios. Al respecto, el juez en su sentencia señaló que "*la liquidación final debe hacerse por todo el tiempo y con el último salario que debió devengar la demandante*", lo que no resulta procedente, pues, aunque es cierto que las cesantías deben liquidarse por todo el tiempo laborado por corresponder a una prestación que se hace exigible a la finalización del vínculo laboral, la misma debe liquidarse con base en el salario de cada año, no con el último salario como equívocamente lo señaló el juez; de otro lado, la prima de servicios es objeto de prescripción y por tanto, solo procede su pago por los años 2017 a 2019, ya que, como se sabe, esa acreencia se hace exigible los días 30 de junio y 20 de diciembre de cada año, la que también, debe liquidarse con base en el salario de cada año. Efectuadas las operaciones matemáticas correspondientes, y teniendo en cuenta únicamente la diferencia salarial adeudada a la demandante, las demandadas deben pagar a la demandante por cesantías la suma de $422.663, y por prima de servicios $199.584, para un total de **$622.247**, por lo que en esa suma se modificará la decisión del juez.

Ahora, frente a la indemnización por despido sin justa causa, aduce el recurrente que el vínculo laboral se terminó por finalización de la obra o labor contratada, como bien se lo comunicó la empresa usuaria; mientras que el juzgado concluyó que, los argumentos esbozados por la temporal en la carta de terminación son alejados a la realidad, por cuanto la presunta obra o labor para la cual fue contratada la demandante no terminó, sino que continuó. Al respecto, basta con decir que al declararse la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y Capital Salud EPS-S, la causal indicada por la EST no resulta procedente, y como no se acreditó ninguna de las causales establecidas en la ley, para dar por terminado el contrato, no queda otro camino que confirmar la decisión del juez en este punto. En todo caso, cabe agregar, en gracia de discusión, que tampoco se demostró que la empresa usuaria hubiese informado a la empresa de servicios

temporales que "*la labor desempeñada ya no se requería al interior de Capital Salud EPS-S*", como lo señaló la EPS en la contestación de demanda, ni *"la requisición misma de la empresa usuaria, en donde nos manifestaban que la obra labor contratada finalizaba"*, como se indicó por parte de la EST en su recurso de apelación, pues ninguna prueba se llegó al respecto.

Ahora, en cuanto a la liquidación de la misma, si bien la demandada EST Opción Temporal en su recurso de apelación indica que dicha indemnización por despido sin justa causa no debió liquidarse con base en el Código Sustantivo de Trabajo sino conforme a las normas de derecho público, esto es, "*la Ley 6ª de 1945, y el Decreto 2127 de 1945, artículos 45, 46",* hay que aclarar que, aunque dicha EPS es una sociedad de economía mixta, cuya participación pública supera el 90%, por lo que, en principio, el régimen de los servidores de dichas sociedades sería el de las empresas industriales y comerciales del Estado, y por ende sus funcionarios serían trabajadores oficiales por regla general, como bien se desprende del parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con lo establecido en el artículo 461 del Código de Comercio; lo cierto es que, dicha entidad demandada es una Empresa Promotora de Salud, y por ende, hace parte del sistema general de seguridad social en salud, por lo que, de conformidad con lo preceptuado en el parágrafo 2º del artículo 7º de la Ley 1966 de 2019, sus trabajadores se rigen por el derecho privado, como quiera que esa norma dispone: *"El régimen de contratación, venta de servicios y vinculación de personal de las sociedades de economía mixta, integrantes del sistema general de seguridad social en salud, será el Derecho Privado"*. Además, es de agregar que la referida ley se encontraba vigente a la fecha de la terminación del vínculo laboral, por tanto, la misma era aplicable cuando se hizo exigible la referida indemnización, y en ese orden, debe aplicarse las normas de derecho privado, que en el caso lo es, el artículo 64 del CST. Así las cosas, efectuadas las operaciones del caso, se tiene que las demandadas deben pagar por ese concepto, a razón de 112.33 días de indemnización, como quiera que la relación laboral perduró del 17 de junio de 2014 al 29 de julio de 2019, liquidado con base en el último salario de $1.654.078, la suma de $6.193.603; sin embargo, como la suma concedida por el juez es incluso inferior a la que correspondía, se mantendrá incólume la decisión del a quo.

En lo que respecta a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, como bien lo dijo el juez de primera instancia, para que la misma proceda debe acreditarse que la conducta de la demandada para no pagar los salarios y prestaciones sociales del trabajador al momento de la finalización del vínculo laboral, no estuvo revestida de buena fe, pues dicha sanción no es de aplicación automática.

Sin embargo, una vez analizadas las pruebas aquí recaudadas, no se observan razones atendibles que ubiquen la conducta de la EPS demandada en el campo de la buena fe, pues como quedó acreditado, dicha entidad acudió a terceros para encubrir una verdadera relación laboral con la demandante, pues de un lado, siempre ejerció el poder subordinante, ya que era la única que dio órdenes a la demandante, como lo explicó la testigo que declaró en juicio, y, además, tal EPS tenía personal contratado directamente que realizaba la misma función de la actora.

Ahora, aunque la EST indica que no resulta procedente condenarla al pago de esa sanción por cuanto no ocultó su condición de empleador, se reitera, en este caso se demostró que esa EST actuó como simple intermediaria, y esa es la razón por la que debe responder solidariamente por los derechos que se causan en favor de la demandante; y por esa vía, era la EPS demandada la que debía demostrar que actuó de buena fe, lo que aquí no se demostró. Y aunque la EST indica que la condena por salarios y prestaciones sociales resulta mínima y por ende, desproporcionada, debe decirse que, si bien es cierto que en algunos casos esta Corporación ha absuelto del pago de esa condena por considerar que lo adeudado al trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales resulta una suma ínfima, ello no ocurre en el presente asunto, pues de un lado, conviene precisar que las condenas aquí impuestas por concepto de salarios y primas de servicios, no tuvieron en cuenta todo lo adeudado por las demandadas, sino únicamente, lo causado entre junio de 2017 a julio de 2019, para el caso de los salarios, y entre enero de 2017 a julio de 2019 frente a las primas de servicios, dada la prescripción aquí declarada, además, aunque es cierto que se confirmó la condena por reajustes salariales dispuesta por el juez, la que tan solo asciende a $456.704, ello se dio porque dicho punto no fue objeto de apelación por la parte demandante, y por ende, no se podía agravar la situación de la única apelante, no obstante, por ese concepto, tendiendo en cuenta la prescripción declarada, debía pagarse la suma de $1.947.052, valor que sumado a las prestaciones sociales aquí dispuestas, resulta un total de $2.569.299, suma que equivale a más de mes y medio de salario de la demandante, por lo que, en esa medida, se advierte que es una suma significativa para la trabajadora, y por ende, no podría absolverse por esa razón aludida por el apelante, más aún, se reitera, cuando no se acreditó que la EPS hubiese actuado de buena fe frente a las obligaciones laborales que tenía con su trabajadora, pues como antes se explicó, tal entidad contrató a la demandante por intermedio de una EST con la única finalidad de ocultar la relación laboral que tenía con ella, y de esta forma, pagarle un salario inferior al que pagaba a los trabajadores de planta que ejercían el mismo cargo, como aquí quedó demostrado, y por esa vía, pagar a la trabajadora las prestaciones sociales por un valor menor al que realmente

correspondía, circunstancias con las que denotan que su actuar no estuvo precedido de buena fe.

En cuanto a la liquidación realizada por el juez, la Sala encuentra que, para su liquidación el a quo tuvo en cuenta un salario diario de $55.578, los que al computarlos por 24 meses, esto es, del 30 de julio de 2019 al 29 de julio de 2021, resultó un valor total de $40.146.408; sin embargo, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, tomando como base el último salario que debía devengar la trabajadora, esto es, $1.654.078, corresponde un salario diario de $55.135.93, por lo que, en ese orden, las demandadas deben pagar por ese concepto, por los 24 meses establecidos en la norma, **$39.697.872**, por lo que en esa suma se modificará la condena impuesta por el juez por concepto de indemnización moratoria, aclarándose que los intereses moratorios ordenados a partir del mes 25, lo son únicamente sobre las sumas adeudadas por salarios, cesantías y primas de servicios, conforme lo establecido en el artículo 65 del CST.

Finalmente, en cuanto a la reliquidación de aportes a seguridad social, la misma es procedente por las razones reiteradas en esta decisión, máxime cuando aquí se demostró una diferencia salarial entre lo percibido por la demandante y lo devengado por un trabajador de planta, quienes realizaron el mismo cargo y funciones a favor de la EPS, no obstante, dichos aportes deben efectuarse con base en el salario que debió percibir cada año laborado por la trabajadora, y no, con base en el último salario, como parece ordenarlo el juez en su sentencia.

Así las cosas, las demandadas deberán realizar el pago de los aportes a seguridad social en pensión, con base en la diferencia salarial que no se tuvo en cuenta, así: para el año 2014 sobre la suma de $1; para el año 2015 sobre $66.006; para el año 2016 sobre $157.073; para el año 2017 sobre $74.704; para el año 2018 sobre el valor de $77.759; y para el año 2019 sobre la suma de $81.165, teniendo en cuenta que la relación laboral se declaró entre el 17 de junio de 2014 y el 29 de julio de 2019, reajustes de cotizaciones que deberán efectuarse junto con los intereses moratorios que para el efecto liquide la entidad en la que se encuentre afiliada la trabajadora; y para lograr una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de 5 días hábiles siguientes a su ejecutoria para informe a qué entidad de seguridad social en pensiones está afiliada en la actualidad, vencido dicho término, la parte demandada cuenta con 5 días hábiles siguientes para elevar solicitud de elaboración de la liquidación, y una vez determinada la suma a pagar, las demandadas tienen un plazo de 30 días calendario para efectuar el pago correspondiente. En caso de que la parte demandada no eleve solicitud,

la demandante puede hacerlo dentro del mismo término de 5 días hábiles siguientes, y una vez concretado su monto, la parte demandada tiene el plazo máximo de 30 días calendario para que efectúe el pago respectivo a satisfacción de la entidad competente.

Así quedan resueltos los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido frente a la EPS demandada.

Costas en esta instancia a cargo de las dos demandadas por perder los recursos, por agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV, a cargo de ambas demandadas y a favor de la demandante.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha 23 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de SANDRA PATRICIA CORREDOR PORRAS contra CAPITAL SALUD EPS-S Y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA, en cuanto al monto de las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales, indemnización moratoria y aportes a la seguridad social, y en su lugar, se codena a las demandadas a pagar por esos conceptos, de manera solidaria, las siguientes sumas:

- **$622.247** por concepto de prestaciones sociales.
- **$39.697.872** por concepto de indemnización moratoria liquidados dentro de los primero 24 meses; aclarándose que los intereses moratorios ordenados a partir del mes 25, lo son únicamente sobre las sumas adeudadas por salarios, cesantías y primas de servicios, conforme lo establecido en el artículo 65 del CST.
- Aportes a seguridad social en pensión, con base en la diferencia salarial que no se tuvo en cuenta, así: para el año 2014 sobre la suma de $1; para el año 2015 sobre $66.006; para el año 2016 sobre $157.073; para el año 2017 sobre $74.704; para el año 2018 sobre el valor de $77.759; y para el año 2019 sobre la suma de $81.165; teniendo en cuenta que la relación laboral perduró entre el 17 de junio de 2014 y el 29 de julio de 2019; reajustes de cotizaciones que deberán efectuarse junto con los intereses moratorios que para el efecto liquide la entidad en la que se encuentre afiliada la trabajadora. Para lograr una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término

de 5 días hábiles siguientes a su ejecutoria para informe a qué entidad de seguridad social en pensiones está afiliada en la actualidad, vencido dicho término, la parte demandada cuenta con 5 días hábiles siguientes para elevar solicitud de elaboración de la liquidación, y una vez determinada la suma a pagar, las demandadas tienen un plazo de 30 días calendario para efectuar el pago correspondiente. En caso de que la parte demandada no eleve solicitud, la demandante puede hacerlo dentro del mismo término de 5 días hábiles siguientes, y una vez concretado su monto, la parte demandada tiene el plazo máximo de 30 días calendario para que efectúe el pago respectivo a satisfacción de la entidad competente.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de las dos demandadas, por agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV, a cargo de ambas demandadas y a favor de la demandante.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SENOBIA PALOMINO ÁVILA contra INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO G.P.P. Radicación No. 11001-31-05-026-**2019-00048**-01.

Bogotá D. C. veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra Corporación IPS Saludcoop en liquidación, Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, EPS Cafesalud, Serviactiva Gestión Administrativa S.A.S. y Estudios e Inversiones Médicas ESIMED para que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo vigente en la actualidad; que las demandadas son solidariamente responsables de las obligaciones laborales adeudadas, y se condene al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías y su respectiva sanción por su no pago, primas de servicios y vacaciones, desde el año 2015; salarios desde febrero de 2016; sanción por falta de pago de las cesantías e indemnización moratoria del artículo 65 del CST desde febrero de 2016 hasta cuando se realice el pago de prestaciones sociales, y el pago de aportes a la seguridad social desde diciembre de 2015 (PDF 01).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que se vinculó a Saludcoop Policarpa IPS S.A. el 1º de diciembre de 1997, mediante un contrato a término indefinido; ejercía el cargo de enfermera auxiliar; que en el año 2011 se produjo la intervención oficial de Saludcoop EPS, y para noviembre de 2015 se decretó su liquidación; agrega que su salario, para el año 2016, era de $1.164.900, el que nunca se incrementó; que no le han pagado las cesantías ni sus intereses del año 2015, ni le han pagado los salarios, primas de servicios y vacaciones desde febrero de 2016; como tampoco le han cancelado los aportes a la seguridad social desde diciembre 2015; indica que, junto con otros compañeros, "*intentaron radicar en termino de (sic) las acreencias laborales a que tenían derecho en el término indicado por SALUDCOOP EPS en liquidación, pero no se las quisieron recibir*"; que el 2 de abril de 2016, la demandante y otros trabajadores, se encontraban en la Clínica Jorge Piñeros "*realizando una manifestación pacífica por el no pago de sus salarios y demás acreencias laborales, los retiraron de su sitio de trabajo utilizando la fuerza*" y que "*hasta el momento no se le ha pasado una carta de despido o comunicado que indique la fecha en que se dio por terminado su contrato laboral, situación que indica que el contrato sigue vigente*"; finalmente, señala que presentaron acción de tutela para el pago de sus acreencias laborales, la que conoció el Juez Cuarto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, "*quien accedió a la acción impetrada e indico (sic) que será el juez laboral quien determinaría en forma definitiva en cabeza de quien (sic) subsiste el derecho*", sin embargo, las accionadas no han dado cumplimiento al fallo de tutela.

3. La demanda se presentó el 18 de enero de 2019 (pág. 28 PDF 02), siendo inadmitida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 16 de abril del mismo año (pág. 29-30 PDF 02); en el escrito de subsanación, la apoderada de la demandante aclaró que la demanda se presentaba únicamente contra la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, representada por su liquidador, por lo que las pretensiones se dirigían contra esta demandada (pág. 34-41 PDF 02).

4. El juzgado de conocimiento admitió la demanda con auto del 22 de julio de 2019 y ordenó notificar a la demandada (pág. 47 PDF 02).

5. El liquidador de la demandada Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, con escrito radicado el 5 de agosto de 2019, solicitó amparo de pobreza, y aclaró que esa entidad es una organización de economía solidaria, perteneciente al denominado Grupo Empresarial Saludcoop, "*que fue*

utilizada por esa organización como empresa a través de la cual canalizaban a todo el personal para cubrir áreas asistenciales y de carácter operativo que la agrupación requería en labores misionales"; además señaló que en visita realizada por el superintendente delegado de la Superintendencia de la Economía Solidaria, el 11 de abril de 2016, para verificar la situación real de dicha organización, encontró que esa entidad no contaba con sede para desarrollar su objeto social; que el 15 de diciembre de 2016, el liquidador designado para la época, inició el proceso para la liquidación forzada administrativa de esa entidad, con diligencia de toma de posesión del inmueble ubicado en la calle 102 número 46-32, de la ciudad de Bogotá, el cual se encontraba abandonado; finalmente, indica que el 11 de junio de 2019, se decidió sobre el reconocimiento, calificación, graduación y/o rechazo de reclamaciones presentadas, de las cuales se aprobaron 549 acreencias de carácter laboral, y según se observa en esa resolución, "*el accionante se presentó de forma oportuna al proceso de reclamación de la entidad, quedando reconocido como acreencia de carácter laboral con un valor de $23.532.708* (pág. 48-54 PDF 02).

6. El juzgado mediante proveído del 9 de octubre de 2019 concedió el amparo de pobreza solicitado por la demandada, y le designó un defensor de oficio (pág. 131 PDF 02), y ante su silencio, con auto del 16 de enero de 2020, nombró a un nuevo curador (pág. 144 PDF 02).

7. La diligencia de notificación se realizó el 10 de marzo de 2020 (pág. 147 PDF 02), dándose contestación tan solo el 1º de julio del mismo año, en atención a la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura, dada la cuarentena generada por el COVID-19; en su escrito, la demandada por intermedio del curador *ad litem*, contestó la demanda sin oponerse ni coadyuvar a las pretensiones de la misma; e indicó que no le constaban los hechos; y propuso en su defensa la excepción previa de inexistencia del demandado (pág. 158-160 PDF 02), y las de mérito denominadas: inexistencia de la mala fe, prescripción e inexistencia de la persona jurídica de derecho privado o público, por cuanto para la fecha de esa contestación, según el certificado de existencia, el liquidador ya había aprobado la cuenta final de liquidación (pág. 149-152 PDF 02)

8. Con auto de 16 de diciembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda y se fijó como fecha y hora para audiencia del artículo 77 del CPTSS, el 16 de febrero de 2021 (pág. 161 PDF 02); diligencia que se realizó ese día, y en la misma, se señaló el 13 de mayo de ese año, para audiencia de trámite y

juzgamiento (PDF 03), no obstante, la misma se reprogramó para el 3 de noviembre de 2021 (PDF 10).

9. El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones; condenó en costas a la demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de $500.000; y concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante (PDF 13).

10. La anterior decisión no fue apelada.

11. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el grado jurisdiccional de consulta mediante auto del 23 de febrero de 2022, luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ninguna los allegó.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, se revisa en grado obligatorio de consulta la sentencia dictada por la juez de única instancia, en tanto fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador demandante. Dada la naturaleza protectora del Derecho del Trabajo, este grado jurisdiccional busca justamente que no se desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador; por lo tanto, se estudiará la cuestión litigiosa en su totalidad sin restricciones ni limitaciones de ninguna índole.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es, analizar si entre las partes ha existido un contrato de trabajo, y si el mismo se encuentra vigente a la fecha; y de así demostrarse, verificar si resulta procedente impartir condena por los conceptos solicitados en la demanda.

La a quo al proferir su decisión consideró que la demandante no acreditó que para la fecha de la presentación de la demanda y su subsanación, esto es, para el 6 de mayo de 2019, estuviera prestando sus servicios personales a favor de la demandada, y por esa razón, no podía concluirse que la relación laboral estuviera vigente; agregó que, según la prueba documental, la demandante

laboró al servicio de la demandada desde el 1º de diciembre de 1997, en el cargo de auxiliar de enfermería, que para el 3 de marzo de 2016 devengaba la suma de $1.164.900, y que, al parecer, para el 22 de este último mes y año ya no prestaba sus servicios personales a favor de la entidad demandada, desconociéndose la razón de la finalización de ese vínculo laboral, pues nada se dice en la demanda, como tampoco se puede extraer esa información del fallo de tutela emitido por el Juez Cuarto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, máxime cuando la demandante no aparece como accionante en esa medida de amparo; además, agrega que, conforme a la resolución del 14 diciembre 2016, mediante la cual se ordenó la liquidación forzosa de la entidad demandada, se facultó la terminación de los contratos que no fueran necesarios, sin que se pueda establecer si el contrato de la actora era o no necesario; y que, en el informe rendido por el agente liquidador de la demandada se indicó que *"no se ha llevado a cabo el pago de las indemnizaciones por despido injusto de los trabajadores a los cuales se les terminó el contrato, sin poder establecer si la actora fue uno de ellos (…), también indica que para el 15 de diciembre de 2016 la entidad no cuenta con recursos ni activos para sufragar los gastos del proceso liquidatorio y que el pasivo laboral es incierto, por lo tanto, no es posible determinar efectivamente hasta cuándo laboró la demandante al servicio de la demandada, con el fin de poder establecer las acreencias laborales adeudadas, también debe tenerse en cuenta lo manifestado por el agente liquidador de la demandada (…), en donde indicó respecto al pago de las acreencias laborales de la demandante lo siguiente "mediante Resolución 20193300002325 del 12/04/2019 la Superintendencia de Economía Solidaria ordenó la reanudación del proceso de liquidación forzosa administrativa del Institución Auxiliar de Cooperativismo GPP Saludcoop, atendiendo la solicitud efectuada por el suscrito al superar de forma mínima la carencia de recursos y así continuar las etapas siguientes del proceso de liquidación de la entidad, en las cuales se incluye el emplazamiento de acreedores, la calificación y graduación de acreencias, resolución de recursos de reposición a la calificación emitida y posteriormente adelantar el proceso para la determinación del desequilibrio financiero ante la falta de activos para responder a los acreedores, por lo anterior y mediante emplazamiento realizado se estableció como período de reclamación oportuna de acreencias (…), entre el 7 de mayo y el 07 de julio de 2019, posteriormente mediante Resolución de 20190001 del 11 de junio de 2019, el suscrito decide sobre el reconocimiento, calificación, graduación y/o rechazo de las reclamaciones presentadas de las cuales se aprobaron 549 acreencias de carácter laboral (…), de acuerdo a la misma resolución (…) el accionante se presentó de forma oportuna al proceso de reclamación de la entidad, quedando reconocido como acreencia laboral de carácter laboral con un valor de $23.532.708*", como bien lo verificó la juez con la documental aportada al expediente, *"en donde está relacionado el valor reconocido la demandante en el ítem 99 por la suma de $23.532.708; asimismo, en dicha comunicación en la cual el liquidador del Instituto Auxiliar de Cooperativismo GPP Saludcoop en*

*liquidación, indicó en el numeral cuarto, determinación de las sumas y bienes a cargo de la masa de liquidación, el numeral primero se indicó, los salarios y prestaciones sociales ciertos y ya causados al momento de la disolución, "las reclamaciones reconocidas en este orden corresponden a los créditos laborales de conformidad con las solicitudes presentadas y los valores calculados por la entidad con base en los soportes obtenidos y que se encuentran relacionados en el anexo número uno que hace parte de la presente resolución, donde se indica el número de acreencias, nombre del titular, documento de identificación y valor reconocido, todo lo anterior de conformidad con las consideraciones que sobre el particular se expresaron en la presente resolución, en síntesis reconocieron 549 acreencias de carácter laboral y con prelación para el pago privilegiado como lo ordena la ley", y en el correspondiente anexo, figura la señora demandante Senobia Palomino Ávila en el cual se indica que reclamó una suma total de $196.735.285 y que solamente le fue reconocida la suma de $23.532.708, lo cual pues no fue aceptado por la demandante aquí en su interrogatorio de parte, quien manifestó que en ningún momento hizo parte de dicho proceso liquidatorio, pero de conformidad con las pruebas documentales sí se presentó a dicho proceso y le fue reconocida dicha suma de diner*o"; y en ese orden, debía absolverse a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, "*toda vez que, como ya se dijo, lo que pretende la parte actora es el pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas desde febrero de 2016 hasta por lo menos la presentación de la demanda, es decir el año 2019, sin que la demandante haya acreditado que efectivamente prestó sus servicios personales a favor de la entidad demandada durante dicho interregno, y de las pruebas documentales lo que se desprende es que la entidad no continuó prestando sus servicios, por lo tanto no se puede establecer si efectivamente la demandante causó dichos acreencias laborales y además lo que se encuentra acreditado, es que se hizo un pago de $23.532.708 o que hizo parte de la liquidación y que dicho valor fue reconocido en el proceso liquidatorio*"; y frente al pago de los aportes al sistema de seguridad social, señaló: *"teniendo en cuenta el proceso liquidatorio en el cual no se hizo presente ninguna de las entidades de seguridad social, el despacho considera que no se acreditó efectivamente que se adeuda suma alguna por estos conceptos, máxime cuando la demandante también debió haber acreditado dicha circunstancia, con los elementos de juicio necesarios, esto es, con pruebas documentales o testimoniales que acrediten la fecha de finalización del vínculo o por lo menos, hasta mayo de 2019 prestaba sus servicios a favor de la entidad demandada, lo cual no logró demostrar en el caso bajo estudio"*; finalmente, consideró que dadas las resultas del proceso, se hacía innecesario analizar las excepciones propuestas, máxime cuando, para la fecha de la presentación de la demanda, la entidad demandada existía, y por esa razón era sujeto de derechos y obligaciones, y por tanto, el proceso podía continuar a pesar de que con posterioridad haya finalizado su proceso liquidatorio.

Para resolver el problema jurídico planteado, cabe recordar que en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal de unos servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación; pero, el artículo 24 de la misma obra estatuye que la sola prestación de un servicio personal en favor de otro hace presumir el contrato de trabajo, evento en el cual quien alegue la condición de trabajador solamente le corresponde probar la citada prestación de servicios personales, y este a su vez, es decir el supuesto empleador, tiene la carga de demostrar que tales servicios fueron realizados de forma independiente o autónoma, para de esta forma poder desvirtuar la anotada presunción.

De modo que en este tipo de procesos resulta de capital importancia acreditar la existencia de esos servicios personales. Dice el artículo 164 del CGP que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, principio que se conoce y define ese artículo como el de necesidad de la prueba. Igualmente, el artículo 167 ídem dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, obligación que se ha denominado como "*carga de la prueba*", y se traduce en que, si el hecho que produce la consecuencia no se demuestra, la parte que debía hacerlo deberá correr con las consecuencias, que no son otras que la desestimación de sus pretensiones.

Así las cosas, habrá que establecer inicialmente si con las pruebas recaudadas se logra demostrar que la demandante prestó los servicios personales en favor de la entidad demandada, y si esa relación laboral se encuentra vigente, pues, aunque es cierto que la juez indicó en la parte considerativa de su decisión que, según las documentales aportadas, se demostraba que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de diciembre de 1997, tal circunstancia no la declaró en la parte resolutiva.

En torno a resolver las anteriores inquietudes, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental, obrante en el archivo PDF 01:

Contrato individual de trabajo a término indefinido, suscrito entre la demandante y la empresa Saludcoop Policarpa I.P.S. S.A., de fecha 1º de diciembre de 1997 (pág. 12-13).

Certificado laboral expedido el 3 de marzo de 2016, por la directora nacional de

nómina y talento humano de la demandada Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, en la que señala que la demandante *"labora en la empresa IAC GPP SALUDCOOP desde el día 1 de diciembre de 1997, con contrato a término indefinido. En la actualidad desempeña el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, con una asignación salarial mensual de (…) ($1.164.900.oo)"* (pág. 14).

Comprobante de nómina del mes de enero de 2016, en el que se observa que se pagó el salario de la demandante, e igualmente, se cancelan los intereses sobre las cesantías, y se realizan los descuentos por concepto de aportes para seguridad social en salud y pensión (pág. 15). Además, obra solicitud de la demandante dirigida a la AFP Colfondos, de fecha 3 de marzo de 2016, para que dicha entidad tome las medidas necesarias para "*recuperar los aportes de pensión por parte de mi empleador IAC GPP SALUDCOOP (…) que no realiza desde el mes de octubre de 2015 hasta la fecha. Según los desprendibles de nómina otorgados por mi empleador, dichos aportes se me están realizando*" (pág. 16-17).

Comunicación dirigida a la Procuraduría General de la Nación, radicada el 28 de marzo de 2016, suscrita entre otros, por la aquí demandante, en la que indican que, *"Con fecha 18 de marzo de 2016 la Gerente General de ESIMED S.A. Doctora NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO, firmó una comunicación dirigida a los Gerentes, Directores y Coordinadores Médicos en Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria en la que les ordena prescindir de los servicios de los trabajadores de la IAC GPP SALUDCOOP, les ordena también que prohíban el ingreso a las instalaciones a esos trabajadores, aduciendo que ya no existe ningún vínculo contractual con ellos*", y solicitan se ordene una medida cautelar para que les permitan el ingreso a sus sitios de trabajo (pág. 18-20).

Fallo emitido dentro de la acción de tutela No. 2016-00011, por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá, de fecha 28 de abril de 2016, promovida por trabajadores de Saludcoop EPS, Corporación IPS Saludcoop, Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, Cafesalud EPS, Serviactiva Gestión Administrativa S.A.S. y Estudios e Inversiones Médicas ESIMED, dentro de los cuales no se encuentra incluida la aquí demandante; no obstante, se ordena en esa sentencia que la aquí demandada realice el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados hasta esa fecha a los trabajadores accionantes (pág. 21-27).

Resoluciones expedidas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, así: 20161400007555 del 14 de diciembre de 2016, mediante la cual se ordena la

liquidación forzada administrativa de la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop (pág. 55-66). Resolución 2017140001925 del 21 de abril de 2017, por la cual se suspende el proceso de liquidación forzada administrativa de la demandada (pág. 77-81). Informe de visita rendido por el superintendente delegado, el 4 de mayo de 2016, en el que se indica que la demandada "*no cuenta con una sede para desarrollar su objeto social", "carecía de sede administrativa*", el inmueble ubicado en la dirección de "*notificación judicial y dirección comercial en la actualidad se encuentra abandonado",* y además, se agrega que la aquí demandada "*adeuda a los trabajadores adscritos a la entidad salarios desde la segunda quincena del mes de febrero de 2016, junto con el pago de la planilla integral de la seguridad social de los mismos desde el mes de diciembre de 2015 en adelante*", y, que dicha entidad, "*no llevó a cabo el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa de los trabajadores a los cuales les terminó el contrato*" (pág. 72-76). Resolución 2017140002055 del 27 de abril de 2017, mediante la cual se acepta la renuncia del liquidador de la demandada (pág. 82-86). Resolución 2019330002325 del 12 de abril de 2019, por medio de la cual se reanuda el proceso de liquidación forzada administrativa de la entidad demandada, se expresa que, *"los 654 trabajadores de la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP SALUDCOOP quienes, hasta el 22 de febrero de 2016, continuaron prestando sus servicios en las clínicas que para ese momento administraba ESIMED S.A.* (pág. 87-93). Resolución, sin fecha, por medio de la cual se reconocen *"salarios y prestaciones sociales ciertos ya causados al momento de la disolución"*, entre otras acreencias, en la que se desprende que a la aquí demandante le fue reconocida la suma de $23.532.703 (pág. 116-120).

Finalmente, comunicación emitida por el liquidador de la demandada el 23 de junio de 2021, en la que informa que el período de reclamación oportuna de acreencias ante la demandada, se realizó entre el 7 de mayo y el 7 de julio de 2019, y dentro de ese término, la demandante se presentó como reclamante, por lo que, mediante Resolución 20190001 del 11 de junio de 2019, se reconoció a su favor la suma de $23.532.703, en calidad de acreedora, valor que se confirmó en Resolución 20190002 del 28 de agosto de 2019, por medio de la cual se resolvieron los recursos presentados; agrega que, en el proceso de liquidación de la entidad, *"se graduó y pago (sic) acreencias hasta donde le fue posible a la entidad con los activos que poseía*"; y que, *"Mediante resolución 2020-0007 del 19 de febrero del 2020, en virtud de la liquidación forzosa administrativa se declara terminada la existencia legal de la entidad INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP hoy liquidada, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C. con Nit: 830.129.689-0. Habiéndose cumplido todos los presupuestos legales exigidos para tal fin, previstos en el artículo 9.1.3.6.5. del*

Decreto 2555 de 2010, ante la falta total de recursos para cubrir el pago de las reclamaciones reconocidas. La rendición final de cuentas de la entidad quedo (sic) debidamente protocolizada mediante escritura pública No. 0377 de fecha 11 de marzo de 2020, otorgada en la notaría Novena (9) del círculo de Bogotá" (PDF 08).

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, de manera integral como lo dispone el artículo 61 del CPTSS, encuentra la Sala que entre las partes intervinientes sí se demostró la existencia de un contrato de trabajo, e incluso, así lo acepta la entidad demandada en la certificación laboral emitida el 3 de marzo de 2016, y en la que agrega que la actora desempeñaba el cargo de auxiliar de enfermería y que su salario ascendía a la suma de $1.164.900; igualmente, tal vínculo laboral se corrobora en la resolución expedida por el liquidador de la entidad, frente al reconocimiento de acreencias laborales a favor de la demandante.

Ahora, en cuanto el extremo inicial, en la citada certificación laboral la entidad demandada admite que el contrato de trabajo a término indefinido existente con la demandante, inició el 1º de diciembre de 1997, por lo que así se declarará; y en cuanto al extremo final, debe partirse por decir que, para la fecha de la expedición de la certificación laboral antes aludida, esto es, para el 3 de marzo de 2016, el contrato de trabajo con la demandante se hallaba vigente, pues no otra cosa se colige cuando allí se menciona que la actora "*labora en la empresa"*; sin embargo, de la comunicación dirigida a la Procuraduría General de la Nación, suscrita también por la demandante, se concluye que dicha relación laboral para el 18 de ese mismo mes y año, había finalizado, pues a partir de esa calenda se prescindió de los servicios prestados por los trabajadores de la entidad demandada y se restringió su ingreso a las instalaciones donde prestaban esos servicios; por tanto, es dable concluir que la relación laboral entre las partes intervinientes perduró entre el 1º de diciembre de 1997 y el 18 de marzo de 2016, por lo que en ese sentido se revocará la decisión de primera instancia y se declarará el contrato de trabajo dentro de los citados extremos temporales.

Así las cosas, previo a analizar la procedencia de pretensiones condenatorias, pasa la Sala a resolver la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, para lo cual, basta con señalar que como la relación laboral terminó el 18 de marzo de 2016, y la demanda se presentó el 18 de enero de 2019 (pág. 28 PDF 02), se tiene que la misma se presentó dentro del término trienal

dispuesto en el artículo 488 del CST, por tanto, todos los derechos exigibles con antelación al 18 de enero de 2016 se encuentran prescritos, a excepción de aquellos que por su naturaleza son imprescriptibles.

La demandante reclama el pago de cesantías, intereses sobre las cesantías y su respectiva sanción por su no pago, primas de servicios y vacaciones, desde el año 2015; salarios desde febrero de 2016; aportes a la seguridad social desde diciembre de 2015; sanción por falta de pago de las cesantías e indemnización moratoria desde febrero de 2016 hasta cuando se realice el pago de prestaciones sociales.

Al respecto, de un lado, la misma demandante en los hechos de la demanda aclara que la demandada le adeuda salarios, primas de servicios y vacaciones, desde febrero de 2016; a su turno, el liquidador de la entidad demandada en las citadas resoluciones emitidas, acepta que se adeudaban a sus trabajadores salarios "*desde la segunda quincena del mes de febrero de 2016"*, y aportes a la seguridad social "*desde el mes de diciembre de 2015 en adelante*"; de otro lado, del comprobante de nómina aportado por la actora, correspondiente al mes de enero de 2016, se observa que la entidad demandada pagó a la demandante, los intereses sobre las cesantías del año 2015; por lo que, en principio, la demandada adeudaría cesantías desde el año 2015, salarios desde la segunda quincena de febrero de 2016, primas de servicios y vacaciones desde febrero de 2016; intereses sobre las cesantías desde enero de 2016, y aportes a la seguridad social desde diciembre de 2015, no obstante, como se enunció en las pruebas aportadas al expediente, dentro del proceso de liquidación de la demandada se reconoció a favor de la aquí demandante, la suma de $23.532.703 por concepto de acreencias laborales causadas para el momento de la disolución de la entidad, por lo que es dable concluir que los conceptos aquí reclamados, a excepción de los aportes a la seguridad social, se encuentran contenidos en dicha suma reconocida, pues efectuadas las operaciones aritméticas del caso, el valor adeudado por la demandada por cesantías, salarios, primas de servicios, vacaciones e intereses sobre las cesantías, liquidadas desde las fechas antes referidas hasta la terminación del contrato, esto es, hasta el 18 de marzo de 2016, con base en el salario devengado de $1.164.900, tan solo asciende a la suma de $2.931.665; por lo que no hay lugar a imponer condena alguna por esos conceptos, e incluso, en atención a la suma reconocida por la entidad, puede colegirse que en ese rubro también se incluyó el valor

adeudado por sanción por el no pago de los intereses sobre las cesantías, pues el mismo asciende a la suma de $6.562.

Ahora, en lo que tiene que ver con las indemnizaciones moratorias por no consignación de las cesantías y por no pago de salarios y prestaciones sociales del artículo 65 del CST, por sabido se tiene, por así haberlo reiterado de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que tales sanciones no son de aplicación automática y que para ello debe el juzgador entrar a analizar la conducta con la que actuó el empleador en vigencia de la relación laboral, así como al momento de su terminación en relación con sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales que por ley les corresponden a los trabajadores, al igual que mirar las circunstancias específicas en que se produjo la omisión y en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de la referida indemnización. Es de recalcar que el solo hecho de que aparezca al final de un proceso un saldo por salarios o prestaciones de un trabajo, no apareja de forma mecánica y necesaria la imposición de la sanción. Claro está que tiene que tratarse de razones poderosas, y acreditadas con solidez y contundencia, que muestren que no estuvo en el ánimo del empleador burlar, birlar o desconocer los derechos del trabajador.

Esta Sala, con base en esas directrices, entiende que la actuación de la entidad demandada estuvo revestida de buena fe, pues de un lado, aunque es cierto que a la terminación de la relación laboral adeudada a su trabajadora salarios y prestaciones sociales causadas durante el último interregno de la relación laboral (33 días de salarios, 48 días de primas de servicios y las cesantías del año 2015 y los 78 días del año 2016), tales acreencias fueron reconocidas y pagadas a la trabajadora, dentro del proceso de liquidación de la entidad, según Resolución 20190001 del 11 de junio de 2019, en atención a la reclamación que elevó la demandante en la oportunidad correspondiente, esto es, entre el 7 de mayo y el 7 de julio (sic) de 2019, acto administrativo que fue confirmado con Resolución 20190002 del 28 de agosto de 2019.

Ahora, aunque es cierto que dicho pago se realizó de manera tardía, lo cierto es que, esa tardanza se justifica con la difícil situación económica que atravesaba la entidad demandada para ese momento, pues según se observa en los antecedentes de la Resolución 20161400007555 del 14 de diciembre de 2016, mediante la cual se ordena la liquidación forzada administrativa de la

Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop, para marzo de 2013 la entidad que, *"a esa fecha los cálculos aproximados del costo laboral ante una eventual liquidación eran de $15.000 millones de 1.054 funcionarios, y que la entidad no contaba con colchón para atender ese pasivo por lo que se tenía que pensar en una posible liquidación si de un lado no se podían incrementar las tarifas de la prestación de los servicios o se efectuaban cesiones de contratos a otras entidades del grupo"*, sin embargo, *"con los datos reportados a septiembre de 2015, el pasivo laboral ascendía a aproximadamente 8.300 millones, sin los costos de una liquidación",* como tampoco el valor de *"las indemnizaciones que de allí se desprende"*, y además, que *"La última facturación de venta de servicios corresponde al mes de noviembre de 2015"*. De otra parte, dicha buena fe de la entidad se advierte porque, dentro del proceso de liquidación, reconoció a la trabajadora una suma considerable que supera el monto de lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales, la que, incluso, alcanzaría a cubrir la sanción por no consignación de cesantías del año 2015, liquidadas del 15 de febrero al 18 de marzo de 2016 ($1.281.390), y también, los intereses moratorios contenidos en el artículo 65 del CST, pues no puede pasarse por alto que en casos como en el presente, cuando el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de la terminación del contrato, como quiera que, como ya se dijo, el vínculo laboral terminó el 18 de marzo de 2016, y esta demanda se presentó el el 18 de enero de 2019, vale decir, fuera del término establecido en la ley, por tanto, en el evento de acreditarse que el empleador actuó de mala fe, lo que aquí no se demostró, solamente debería a su trabajadora intereses moratorios liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, desde la fecha de la finalización del vínculo contractual, como lo ha aclarado la jurisprudencia laboral, y, hasta cuando el pago se verifique, sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales, circunstancias con las que se ratifica el actuar de buena fe de la entidad demandada.

En consecuencia, no hay lugar a impartir condena alguna por las citadas indemnizaciones.

Finalmente, en cuanto a los aportes a la seguridad social de diciembre de 2015 al 18 de marzo de 2016, hay lugar a impartir condena pues de un lado, no se demostró por parte de la demandada el pago de esos aportes y, por el contrario, la entidad acepta que adeuda dicha acreencia.

Es cierto que la demandada mediante Resolución No. 2020-0007 del 19 de febrero de 2020, en virtud de la liquidación forzosa administrativa, el liquidador aprobó la cuenta final de liquidación de la entidad, acto administrativo que fue inscrito el 26 de febrero de 2020 bajo el No. 00040064 del libro III de las entidades sin ánimo de lucro, como se desprende del certificado de existencia y representación de la empresa Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP SALUDCOOP "GPP SALUDCOOP", expedido el 27 del mismo mes y año (PDF 09), y la rendición final de cuentas de la entidad se protocolizó mediante escritura pública No. 0377 de fecha 11 de marzo de 2020, por lo que a partir de esta calenda la entidad dejó de existir, sin embargo, el suscrito ha mantenido el criterio según el cual, la inexistencia de una persona jurídica, configurada durante el trámite del proceso, no es obstáculo para proferir sentencia en su contra, como quiera que, cuando se presentó la demanda, la entidad demandada aún existía y su liquidación fue posterior a esa actuación.

Incluso, en este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, ante *"la ocurrencia de un hecho externo al trabajador, como lo es la extinción de la entidad empleadora por la culminación del proceso liquidatorio, no debe conducir a la absolución o a que el juez decline su deber de administrar justicia. Por el contrario, frente a situaciones como estas, lo razonable es adoptar decisiones compensatorias de los derechos constitucionales y legales de los trabajadores, a través de sentencias viables, completas y de posible ejecución"* (Sentencia CSJ SL, 06 jul. 2011, rad. 39352, retirada entre otras, en sentencia SL3993-2018); decisiones en las que la Corte si bien indicó que no era posible el reintegro del trabajador dada la imposibilidad jurídica que existe en tales casos, por finalización del proceso liquidatorio, ordenó el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el trabajador, así como los respectivos aportes al sistema de seguridad social y parafiscales (Sentencias SL3993-2018 y SL1146-2021), por lo que, con estos antecedentes jurisprudenciales, se desprende que no existe impedimento alguno para proferir sentencia en contra de la entidad demandada.

En consecuencia, se condenará a la demandada a efectuar el pago de los aportes pensionales, por el período comprendido entre diciembre de 2015 y el 18 de marzo de 2016, sobre la base salarial de $1.164.900, junto con los intereses moratorios que para el efecto liquide la entidad en la que se encuentre afiliada la trabajadora, los que, en todo caso, se reconocerán hasta la fecha de la liquidación definitiva de la entidad demandada, esto es, hasta el 26 de febrero de

2020. Para lograr una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de 5 días hábiles siguientes a su ejecutoria para informe a qué entidad de seguridad social en pensiones está afiliada en la actualidad, vencido dicho término, la parte demandada cuenta con 5 días hábiles siguientes para elevar solicitud de elaboración de la liquidación, y una vez determinada la suma a pagar, las demandadas tienen un plazo de 30 días calendario para efectuar el pago correspondiente. En caso de que la parte demandada no eleve solicitud, la demandante puede hacerlo dentro del mismo término de 5 días hábiles siguientes, y una vez concretado su monto, la parte demandada tiene el plazo máximo de 30 días calendario para que efectúe el pago respectivo a satisfacción de la entidad competente.

Así queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia por cuanto el proceso se conoció en grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de SENOBIA PALOMINO ÁVILA contra INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO G.P.P., en tanto no declaró la existencia del contrato de trabajo, en su lugar, se declara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 1º de diciembre de 1997 al 18 de marzo de 2016, en consecuencia, se condena a la demandada a pagar los aportes pensionales de la trabajadora, por el período comprendido entre diciembre de 2015 y el 18 de marzo de 2016, sobre la base salarial de $1.164.900, junto con los intereses moratorios que para el efecto liquide la entidad en la que se encuentre afiliada la trabajadora, los que en todo caso, se liquidarán hasta la fecha de la liquidación definitiva de la entidad demandada, esto es, hasta el 26 de febrero de 2020. Para lograr una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de 5 días hábiles siguientes a su ejecutoria para informe a qué entidad de seguridad social en pensiones está afiliada en la actualidad, vencido dicho término, la

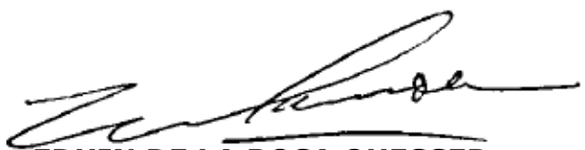
parte demandada cuenta con 5 días hábiles siguientes para elevar solicitud de elaboración de la liquidación, y una vez determinada la suma a pagar, las demandadas tienen un plazo de 30 días calendario para efectuar el pago correspondiente. En caso de que la parte demandada no eleve solicitud, la demandante puede hacerlo dentro del mismo término de 5 días hábiles siguientes, y una vez concretado su monto, la parte demandada tiene el plazo máximo de 30 días calendario para que efectúe el pago respectivo a satisfacción de la entidad competente.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

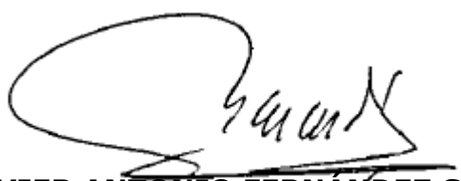
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SEBASTIÁN SANTAMARÍA CAMARGO contra LA BIFERÍA S.A. Radicación No. 11001-31-05-026-**2019-00339**-01.

Bogotá D. C. diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra La Bifería S.A. para que se declare que: 1) entre las partes existió un contrato de trabajo y que terminó por causa imputable a su empleador, sin justa causa; y como consecuencia, 2) se condene al pago de la *"indemnización desde el año 2016, la suma de ($8.642.000) por el primer año, (…) y como quiera que han transcurrido tres años la suma reclamar por indemnización se totaliza en (…) ($25.926.000), Con la actualización y corrección monetaria con intereses legales y de mora, lo que nos lleva a un total de (…) ($53.926.000), sin tener en cuenta en este monto las costas del proceso*", 3) se condene al pago de indemnización como consecuencia de la terminación unilateral del contrato sin justa causa; y 4) las costas procesales.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que suscribió con la empresa demandada un contrato de trabajo el 24 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de auxiliar de costos, con un salario de $677.000; indica que la labor la desempeñó de manera personal, en cumplimiento de las instrucciones y horario dispuesto por del empleador, sin que se llegara a presentar queja o llamado de atención alguno; narra que la empresa dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 3 de junio de 2016, según comunicación que le envió el 27 de mayo de ese año, notificada el 31 siguiente, "*aduciendo que sin justa causa*", no obstante, dicho 27 de mayo, le había informado que no prorrogaría su contrato "*que vencía el 24 de junio de 2016 y 3 de junio del mismo año le precisa que da por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa a partir de la finalización de labores del día 3 de junio de 2016*"; con lo que, considera, se vulneró su debido proceso y el derecho al trabajo, pues no se tiene clara la fecha real de desvinculación; agrega que el 4 de junio de 2016, "*le restringieron la entrada indicándole sobre la entrega de la carta el 27 de mayo y en donde quedó plasmado que no le permitieron el acceso a su lugar de trabajo de manera arbitraria*"; de otro lado, indica que citó a su empleador a la inspección de trabajo para audiencia de conciliación, la que se celebró el 7 de julio del mismo año, "*manifestando el empleador imposibilidad para cancelar los rubros indicados*"; finalmente, menciona que si bien nunca le expidieron copia de su contrato de trabajo, del "*contexto procesal se extrae que fue por el término de un año*" (pág. 4-9 PDF 01).

3. La demanda se presentó el 28 de mayo de 2019 (pág. 14 PDF 01), siendo inadmitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 22 de julio del mismo año (pág. 15-16 PDF 01), y aunque la juez requirió al demandante para que, entre otros aspectos, corrigiera los hechos de la demanda por cuanto en los mismos se indicaban situaciones fácticas y contenían apreciaciones subjetivas, y para que corrigiera las pretensiones para que se formularan por separado sin incluir apreciaciones subjetivas, lo cierto es que el apoderado del actor, en su escrito de subsanación, reformó su demanda inicial, y en ese sentido, dentro de los hechos del escrito de demanda integral ahora allegado, indicó, además de los ya referidos

en su escrito inicial, que el contrato suscrito con la demandada lo fue a término **indefinido**; que su pretensión con la conciliación administrativa era su reintegro laboral, aunque la misma resultó fallida; y, que la demandada no le pagó vacaciones, prima de servicios, cesantías, como tampoco los intereses sobre las cesantías, por el tiempo laborado durante el año 2016; y en ese sentido, solicitó como nuevas pretensiones, que se declare 1) la existencia de un contrato de trabajo a término **definido**, 2) vigente del 24 de junio de 2015 al 3 de junio de 2016 y 3) que dicho contrato terminó sin justa causa, y se condene al pago de: 4) salarios causados del 3 al 27 de junio de 2016, indemnización por no pago de prestaciones sociales, vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses sobre las cesantías, indexación de los anteriores conceptos, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales (pág. 17-26 PDF 01).

4. Con proveído del 10 de septiembre de 2019, el juzgado sin advertir que demanda había sido reformada, la admitió y ordenó notificar a la demandada (pág. 35 PDF 01); diligencia de notificación que se cumplió el día 29 de noviembre de 2019 (pág. 38 PDF 01).

5. La demandada por intermedio de apoderado judicial, el 13 de diciembre de 2019, contestó la demanda con oposición a las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con el contrato de trabajo, sus extremos temporales, la modalidad a término indefinido y la prestación personal del servicio; respecto a los demás hechos, manifestó que el actor cambió de cargo en varias oportunidades, que sí le entregó copia del contrato al demandante y aclaró que, "*debido a un error administrativo preavisó la terminación del contrato, pero cunado advirtió el error, dejó sin efectos dicha terminación con comunicación entregada al demandante el día 03 de junio de 2016*", por lo que "*comunicó la decisión de terminar el contrato sin justa causa y desde luego con el pago de la Indemnización legal correspondiente*"; agrega que el actor fue objeto de múltiples amonestaciones y sanciones disciplinarias; aclara que en la diligencia administrativa el actor pretendió el pago de la citada indemnización por despido, no obstante, pagó al actor los derechos laborales que se

causaron a su favor. Propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, buena fe, compensación y prescripción (pág. 43-63 PDF 01).

6. Con auto del 18 de noviembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 28 de enero de 2021 (pág. 85 PDF 01); diligencia que se realizó ese día, y en ella, se fijó el 23 de marzo del mismo año para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 02).

7. El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo de termino indefinido; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó en costas al demandante, tasando las agencias en derecho en $800.000; y dispuso la consulta de la sentencia (PDF 04).

8. Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que manifestó *"…difiero sustancialmente de los argumentos de la señora juez, por cuanto el hecho de que por un lapsus momentáneo se indicó en la demanda que fue a terminó indefinido, es claro que en las pretensiones, el numeral primero, dice muy claro, declarar que entre la sociedad La Bifería y mi poderdante, existió un contrato de trabajo a término definido; por lo demás, se desconoce, ni siquiera se mencionó el acta de conciliación que se llevó a efecto en la inspección de trabajo y seguridad social, en donde claramente se indica que se trata de un litigio consecuencialmente desencadenado por indemnización y despido sin justa causa de un contrato de trabajo escrito y a término fijo, iniciado el 24 de junio de 2015 y terminado el 03 de junio de 2016, por lo mismo, estas pruebas sumarias como lo reiteré en mis alegaciones, no fueron tachadas de ninguna manera por la parte demandada, por lo mismo cobra total vigencia y se tiene como prueba en favor del trabajador; asimismo es muy claro que La Bifería hizo todas las argucias posibles para no demostrarle a la señora juez que se trata de un contrato a término fijo, sino que, se aprovechó de las circunstancias que se hizo anteriormente referencia, y además, nunca aportó el contrato de trabajo, es que es inverosímil que ante un juez de la República no se pueda allegar a efecto, por cualquier circunstancia de su poder, otorgado por la constitución y la ley, que por lo menos se hubiera decretado de oficio el aporte del contrato de trabajo, si no tenía*

*ninguna circunstancia para engañar a la justicia, por qué no aportaba el contrato de trabajo, así fuera, como efectivamente no lo es, indefinido, a contrato indefinido, entonces, esa razón lleva muy claramente a concluir a este defensor, que aquí se trata realmente de esquivar, de desviar la recta administración de justicia en desmedro del señor Sebastián Santamaría Camargo, quien probatoriamente se ha demostrado que se le hicieron 2 comunicaciones, y de manera obviamente, para evitar el preaviso que consagra el Código Sustantivo del Trabajo, de los 30 días de preaviso, y únicamente, lo hace el 27 de mayo cuando ya había transcurrido el año, habilidosamente preciso, para evitar las consecuencias jurídicas que realmente hemos demostrado aquí en el proceso, que realmente me extraña sobremanera que, se absuelva a la parte demandada, siendo que se demostró por este abogado, y por el señor Santamaría, que realmente sí está vinculado a un contrato a término fijo, y, en el cúmulo de pruebas, son certeros los documentos probatorios, que llevan a efectuar, a precisar, que realmente estamos frente a un contrato de trabajo a término fijo, no entiendo la razón que la señora juez la lleva a decir lo contrario, y no se protegen los derechos del trabajador, y ante un emporio como es La Bifería, resultamos en total desprotección estatal, por lo mismo, estas son mis consideraciones y de ser necesario pues las ahondaré ante su inmediato superior"***.***

9. Recibido el expediente digital ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 19 de abril de 2022, luego, con auto del 17 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente la demandada los allegó.

En su escrito, la demandada solicita se confirme la sentencia, pues, como quedó probado, "*entre La Bifería S.A. y el demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido que finalizó sin justa causa el 03 de junio de 2016 con el reconocimiento de la indemnización legal correspondiente", "En igual sentido quedó probado que La Biferia S.A. cumplió cabal, íntegra, y oportunamente con todas las obligaciones laborales que como empleador le asistieron durante la vigencia del contrato de trabajo y las derivadas por la terminación del mismo, sin que existan obligaciones pendientes a su cargo", "De forma adicional se tiene que en la demandan (sic) se cuestionaron pagos que no se hicieron del 04 al 27 de junio de 2016, a pesar de que en dicho lapso NO estaba vigente el contrato de trabajo, pues como se probó en el trámite, el extremo final de la relación laboral que unía a mi representada con el señor Santamaría fue el 03 de junio de 2016, siendo claro que NO existía para La Bifería S.A. obligación legal de pagar salarios, ni prestaciones sociales, ni vacaciones posteriores a la terminación y por lo tanto dichas pretensiones y también la indemnización*

moratoria son completamente improcedentes, con lo cual es evidente que la sentencia de primera instancia debe ser indudablemente confirmada".

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es, analizar si dentro de las partes existió un contrato a término indefinido como lo concluyó la juez, o, por el contrario, si el mismo lo fue a término fijo como lo afirma el demandante, y en ese sentido, si hay lugar a condenar al reajuste de la indemnización por despido sin justa causa.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes, y sus extremos temporales, entre el 24 de junio de 2015 y el 3 de junio de 2016.

La a quo al proferir su decisión consideró que, *"en el texto de la demanda la parte accionante solicita se declare como extremos de la relación laboral desde el 24/06/2015 hasta el 03/06/2016 bajo la modalidad de un contrato a término definido, folio 19, no obstante lo anterior, en los hechos de la demanda en lo que hace relación a la modalidad contractual, manifiesta la parte demandante lo siguiente "el 24/06/2015 entre mi mandante y la sociedad que demanda se suscribió un contrato de trabajo, numeral segundo, "el anterior contrato fue por el término indefinido", folio 17; lo cual fue contestado afirmativamente por la sociedad demandada, tal y como se observa en el folio 43, es decir, que fue aceptada por la sociedad demandada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido; ahora, llama la atención que no fue aportado el contrato de trabajo suscrito por las partes con el cual se lograría definir claramente el objeto de la controversia, y que el único documento en donde se indica que el contrato de trabajo fue a término fijo, sea la comunicación del 27/05/2016, visible a folio 12, documento que si bien no fue desconocido por la sociedad demandada, en el interrogatorio de parte su representante legal*

aclaró que dicha carta contenía un error por el personal administrativo, razón por la cual, una semana después se corrigió dicha fecha, cuya carta tampoco fue allegada al expediente, pero se corrobora su existencia al revisar la anotación efectuada por el demandante en la misiva del 27/05/2016 en donde indica recibida modificada 31 de mayo, de lo anterior se concluye que si bien pudo existir un contrato de trabajo escrito en donde se estipulara la modalidad contractual, el mismo no fue aportado documentalmente, ni aceptado por el representante legal de la sociedad demandada, con lo cual, este despacho no puede hacer especulaciones respecto de sus eventuales extremos ni duración, lo cual contrasta con el texto de la demanda, pues fue planteado por la misma parte demandante que el contrato se pactó a término indefinido, siendo esto último lo aceptado por la sociedad demandada, es decir, que el contrato suscrito entre las partes se logra demostrar que fue a término indefinido, debe anotarse que en la demanda, la parte actora presenta confesión la cual se puede hacer por intermedio de apoderado judicial tal como lo señala el Código General del Proceso, en vista de lo anterior, y al lograrse demostrar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes, desde el 24/06/2015 hasta el 03/06/2016".

Frente a la formalidad que deben cumplir los contratos de trabajo a término indefinido, el inciso 1º del artículo 46 del CST señala que, dichos contratos **deben constar siempre por escrito** y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente,

A su turno, la jurisprudencia laboral ha señalado que cuando un contrato está sometido a ciertas formalidades especiales, el mismo es solemne, de manera que sin el cumplimiento de estas no produce efecto alguno, como quiera que "*La forma solemne vale para la existencia del acto jurídico. Es un elemento constitutivo del mismo y, por tanto, el único medio probatorio de su existencia. Se quiere decir con ello que cuando el legislador prescribe la forma ad solemnitatem, lo hace con carácter obligatorio, como un elemento esencial, de manera que si se omite, el acto no nace y, por tanto, no crea derechos ni obligaciones entre las partes*", y consideró que dentro de los actos formales, entre otros, está precisamente, "*el pacto de duración a término fijo de los contratos de trabajo (art. 46 CST)"*, y que*, "el único modo de probar su existencia y contenido es con el documento mismo"* (Sentencia CSJ SL2804-2020). Para tal efecto, tal providencia rememoró lo expuesto en la sentencia SL2600-2018, así:

> *"Aunque para el surgimiento a la vida jurídica del contrato de trabajo prima la consensualidad (se perfecciona con el simple consentimiento), al igual que para la validez de la generalidad de los acuerdos o pactos a los que lleguen los trabajadores y empleadores en el marco de la relación de trabajo, existen determinadas estipulaciones, ensambladas en el convenio laboral, para las cuales la ley impone el cumplimiento de una formalidad para su eficacia (actos ad solemnitatem), tal es el caso, por ejemplo, del pacto de duración a término fijo de los contratos*

de trabajo (art. 46 CST), el periodo de prueba (art. 77 CST) o el salario integral (art. 132 CST), los cuales por expreso mandato legal deben celebrarse por escrito.

La desatención de esta formalidad legal, no implica, la inexistencia o ineficacia de la totalidad del contrato de trabajo, sino apenas de uno de los apéndices o cláusulas para los cuales la ley exige una específica forma. Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido (art. 45 CST); la ausencia de un acuerdo escrito en torno al periodo de prueba implica que los «servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo» (art. 77 CST) y la omisión de pacto escrito de salario integral hace que el salario acordado se gobierne por las reglas generales de la remuneración.

En el orden propuesto, podría decirse que en el ordenamiento laboral colombiano la regla general es la libertad de forma, es decir, las partes pueden exteriorizar su voluntad en cualquier forma (verbal o escrita), y solo excepcionalmente, cuando por razones de seguridad en las transacciones jurídicas o para proteger a la parte débil de la relación, el legislador establece una determinada formalidad, las partes deben avenirse a su cumplimiento a fin de que el acto jurídico sea válido. Se sigue entonces, que libertad de forma es la regla general para la existencia y validez de los actos y contratos, y la excepción son las formalidades ad solemnitatem establecidas por el legislador."

Así las cosas, dicha Corporación rectificó su jurisprudencia, en el sentido de señalar que, "*los actos formales del Derecho del Trabajo como el contrato a término fijo, el acuerdo de salario integral o periodo de prueba, inexorablemente, no solo deben constar por escrito para su existencia (formalidad ad substantiam actus o ad solemnitatem) sino que su prueba no puede suplirse por un medio distinto al acto de constitución (formalidad ad probationem)";* aunque aceptó que *"por razones de justicia, la doctrina ha admitido, de manera excepcionalísima y en casos signados por sucesos imprevistos o de fuerza mayor, tales como incendio, hurto, inundación, entre otros, el acreditar mediante otros elementos de convicción que el acto se realizó con las solemnidades legales. Sin embargo, esta posibilidad es extraordinaria y objeto de análisis en cada caso".*

No obstante, en sentencia SL4870 de 2021, la Corte señaló que el anterior criterio jurisprudencial *"no significa que la prueba del pacto de la modalidad y plazo contractual deba ser allegada únicamente a través del contrato en comento, o estar necesariamente en un documento titulado contrato de trabajo, pues «[…] una cosa es el periodo fijo pactado y otra la prueba del mismo, lo que bien puede acreditarse en el proceso a través de los medios probatorios legalmente admisibles […]», como lo ha expuesto la Sala, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL, 5 abr. 2011, rad. 36035 y CSJ SL5737-2015"*, y en ese sentido, lo relevante es que no se desconozca "*la voluntad contractual*" de las partes, por lo que en ese orden de ideas en los términos del artículo 46 del CST, para la existencia de un contrato a término fijo se requiere que dicho pacto conste por escrito, aunque, no necesariamente deba probarse con

el documento escrito denominado contrato de trabajo, sino que, incluso, con cualquier otro documento que permita identificar de manera clara la voluntad de las partes intervinientes en el vínculo contractual (sentencia CSJ SL3718-2021)

Aclarado lo anterior, en torno a resolver el problema jurídico planteado, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental, contenidas en el archivo PDF 01:

Constancia de no conciliación expedida por la Inspección del Trabajo de Bogotá, de fecha 7 de julio de 2016, cuyo objeto es conciliar el pago de la *"indemnización por despido sin justa causa de un contrato de trabajo escrito y a término fijo iniciado el 24 de junio de 2015 y terminado el 3 de junio de 2016*", para lo cual, el actor refirió que fue despedido sin motivo alguno, y por esa razón reclama el pago de la indemnización, del "*periodo de un año por renovación del mismo contrato",* frente a lo cual, la demandada por intermedio de su apoderado, manifestó no tener ánimo conciliatorio por cuanto ha cumplido con sus obligaciones laborales y ha pagado oportunamente todas las acreencias al trabajador (pág. 10-11).

Carta de fecha 27 de mayo de 2016, expedida por la coordinadora de talento humano de la demandada, dirigida al demandante, en la que indica "*La empresa a través de esta comunicación le notifica que ha determinado no prorrogar su contrato de trabajo a término fijo que vence el día 24 de junio de 2016*", la cual tiene firma de recibido del demandante, con la siguiente aclaración "*RECIBIDA. MODIFICADA. 31 MAYO*" (pág. 12).

Comunicación del 3 de junio de 2016, emitida por la misma coordinadora de talento humano, dirigida al demandante, con el asunto "*Terminación del Contrato de Trabajo Sin Justa Causa*", la que le informa que "*la empresa ha tomado la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con Usted, unilateralmente y sin justa causa, a partir de la finalización de la jornada laboral del día de hoy, 03 de junio de 2016*" (pág. 13).

Otrosí "*AL CONTRATO DE TRABAJO CELEBRADO ENTRE LA BIFERÍA y SEBASTIÁN*

SANTAMARÍA CAMARGO", suscrito por ambas partes, en el que acuerdan "*modificar el Contrato de Trabajo de fecha Junio 24 de 2015*", celebrado entre ellos, en el entendido de que, a partir del 1º de noviembre de ese año, el cargo se modifica de auxiliar de bar al de cajero, con un salario de $667.000 (pág. 71)

Liquidación del contrato de trabajo, en la que el actor dejó consignado, a manuscrito, su inconformidad por no permitírsele el ingreso a la empresa el 4 de junio, pues pretendía cumplir su contrato de trabajo hasta el 24 de ese mes, según le fue informado en la carta del 27 de mayo (pág. 73-75).

El representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte indicó que el contrato suscrito con el actor no lo fue a término fijo, y aunque así se mencionó en la carta del 27 de mayo de 2016, ello correspondió a "*una equivocación del área administrativa*", y que a la semana siguiente se "*pasó la carta correspondiente al contrato a término indefinido*".

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto, como bien lo establece el artículo 61 del CPTSS, debe decirse que, en realidad, ninguna de las pruebas allegadas permite concluir que la **voluntad de ambas partes** era la celebración de un contrato a término fijo, como tampoco se erige un pacto bilateral entre los contratantes, que permita dilucidar ese supuesto término fijo contractual que invoca el trabajador, como lo exige la jurisprudencia, por lo que, en ese orden, no es posible sustituir el acuerdo escrito.

Ahora, es cierto que la carta expedida por la demandada el 27 de mayo de 2016 se indicó que lo existente era un contrato a término fijo; sin embargo, ese documento únicamente fue expedido por una de las partes, por lo que del mismo no puede extraerse que la voluntad de ambas hubiese sido la de celebrar un contrato a término definido, máxime cuando el mismo demandante deja una anotación en ese documento, en la que indica que esa comunicación fue "*MODIFICADA*", al parecer, el 31 de mayo siguiente, sin que aclare en qué consistió esa

modificación; y lo que sí se advierte, es que la demandada el 3 de junio de 2016 expidió una nueva comunicación, por medio de la cual termina el contrato de trabajo a partir de esa calenda, con lo que en cierta forma, dejó sin efector su anterior comunicación.

Además, debe resaltarse que el demandante desde el escrito de demanda inicial dejó entrever la duda que él mismo tenía acerca de la modalidad contractual existente con la demandada, pues incluso en los hechos de la misma, indicó que, del "*contexto procesal se extrae que fue por el término de un año*", sin dar mayor claridad en ese aspecto, y en el escrito que allegó al subsanar la demanda, con el que en realidad lo que hizo fue reformarla, aclaró en el hecho segundo, que el contrato que suscribió con la demandada *"fue por el término* ***indefinido"*** (Resalta la Sala), con lo que esclarecía cualquier duda que hubiese surgido en torno al tema, y así lo aceptó la entidad demandada al dar contestación a la demanda; por lo que, en principio era un hecho no discutido. Ahora, aunque el apelante indique que debió tenerse en cuenta lo pretendido ante la inspección del trabajo, debe aclararse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 281 del CGP, la sentencia que se emita debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, y no, con las peticiones que las partes realicen en escenarios diferentes, por lo que la juez para resolver la litis, debía, como en efecto lo hizo, acudir a lo expuesto por el demandante en el libelo introductorio.

Así las cosas, al no allegarse ningún documento del que pueda extraerse fehacientemente que la voluntad de las partes, esto es, del demandante y La Bifería S.A., fue la de celebrar un contrato de trabajo a término fijo, no es posible deducir que esa fue la modalidad contractual pactada por las partes, pues como lo ha dicho la jurisprudencia relativa al tema, a la que antes se hizo referencia, dicho requisito es de la esencia de este tipo de contratación, de manera que, si el mismo no se acreditó, ha de entenderse celebrado a término indefinido.

Dice el apelante que la juez debió decretar de oficio el aporte del contrato de trabajo que suscribió con la demandada, no obstante,

conviene precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 54 del CPTSS, el juez tiene la **facultad**, más no la obligación, de decretar pruebas de oficio, y puede acudir a esa potestad cuando sea indispensable para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos; sin embargo, para ese momento se contaba con la manifestación del demandante de que lo suscrito fue un contrato de trabajo a término indefinido, hecho aceptado por la demandada, por lo que no se advertía la necesidad de decretar pruebas de oficio; además, no pueden las partes por esa vía tratar de enmendar sus desatinos procesales, para así obtener pruebas que hubiera podido conseguir, directamente o mediante derecho de petición, en los términos del artículo 173 del CGP. Y aunque es cierto que en el escrito de subsanación el apoderado solicitó la exhibición de tal documento, la juez al momento de decretar las pruebas omitió referirse al respecto, sin que el apoderado del demandante presentara inconformidad alguna contra esa decisión de la juez, y en ese sentido, cualquier discusión frente al decreto de esa prueba, quedó zanjada desde ese momento, no siendo procedente su solicitud en el recurso de apelación.

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión la Sala aceptara que lo existente entre las partes fue un contrato de trabajo a término fijo, lo cierto es que no podría condenarse al pago de la indemnización por despido sin justa causa reclamada en el recurso, pues sabido es que el juez de segunda instancia carece de facultades ultra y extra petita para ordenar el pago de conceptos distintos a los pedidos. Esto, por cuanto, según se observa, dicha condena no fue solicitada en el escrito de subsanación, documento este con el que el apoderado reemplazó su demanda inicial, pues en ese sentido, señaló que, su "*propósito*" era "*presentar debidamente integrada la presente demanda*", corriéndose traslado a la demandada de este último escrito, y la juez a su turno, en la sentencia analizó las pretensiones y hechos plasmados en este último documento.

En consecuencia, suficientes resultan las razones para confirmar la decisión de la juez de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 23 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de SEBASTIÁN SANTAMARÍA CAMARGO contra LA BIFERÍA S.A., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500320200018701

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Indemnización moratoria artículo 65 CST.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2022, por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **FERNEY ADALVER SUÁREZ PRADA** en contra de **UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**

ANTECEDENTES

FERNEY ADALVER SUÁREZ PRADA, promovió demanda ordinaria laboral contra UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., para que, se declara la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, del 30 de julio de 2016 al 15 de enero de 2019; y, en consecuencia, se condene a la demandada, al pago del salario de la última quincena de diciembre de 2018, el auxilio de cesantías e intereses de las cesantías del año 2018, *"liquidación definitiva"*, la diferencia o reliquidación, incluyendo el auxilio de alimentación de los años 2016 a 2018 de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales; que, se condene a la demandada, al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías de forma completa, indemnización moratoria, debidamente indexada, intereses moratorios, así como las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, suscribió contrato de trabajo, a término fijo inferior a un año, con la demandada, el cual se extendió del 30 de julio de 2016 al 15 de enero de 2019 y, finalizó por mutuo acuerdo entre las partes; que, el cargo

desempeñado era el de topógrafo, por lo que, ejecutó labores de replanteo de la vía, levantamientos topográficos, actas de volúmenes para cobro, conducir vehículos, inspeccionar obras, todo bajo las órdenes del ingeniero de obra William Montagut, en la vía principal que conducía al municipio del Carmen de Chucurí a Yarima, en el departamento de Santander, denominado tramo 12, cumpliendo un horario de lunes a domingo de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., pactando como salario $1.800.000 más $517.500 de auxilio de alimentación, para un total de $2.317.500 por el año 2016, $1.890.000 más $517.500 de auxilio de alimentación, para un total de $2.407.500 por el 2017 y $1.984.000 más $517.500 del auxilio de alimentación, para un total de $2.501.500 para los años 2018 y 2019.

Indicó que, durante la vigencia del contrato de trabajo, la demandada, le canceló las prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, sin incluir como salario el auxilio de alimentación; que, tampoco se le cancelaron el auxilio de cesantías e intereses del año 2018, de ahí que, le asiste el derecho al pago de la indemnización moratoria (archivos 01 y 05 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por auto del 18 de marzo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda (archivo 08). La parte demandada, presentó escrito de nulidad por indebida notificación, la cual se negó en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 25 de julio de 2022 (archivos 14 y 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de julio de 2022, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por 6 meses, que inició el 30 de julio de 2016 y se prorrogó hasta el 15 de enero de 2019, fecha en que finalizó por mutuo acuerdo; condenó a la demandada UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., a pagar al demandante, los salarios de la última quincena de diciembre de 2018 y de la primera quincena del año 2019, el auxilio de cesantías del año 2018, auxilio de cesantías del 1 al 15 de enero de 2019, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y vacaciones proporcionales al periodo laborado del año 2019 y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; absolvió de las demás pretensiones a la demandada, condenándola en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, para que se absuelva del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ya que siempre actuó

de buena fe, además los pagos estaba supeditados a la liquidez de la Empresa; que, la cesión de derechos económicos, que suscribió la accionada, se firmó en el año 2017, es decir, mucho antes de la terminación del vínculo laboral del actor, por lo que, para el pago de proveedores y trabajadores, siempre tenían que aportar los correspondientes soportes ante el Banco, para que se autorizara su desembolso; insistió en que la sociedad, siempre ha estado presta a cancelar al trabajador, sus derechos laborales, especialmente cuando hubo un acercamiento con el demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, la parte demandada, reiteró su petición para que se revoque la condena impuesta por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ya que, si bien se presentaron inconvenientes para realizar el pago de salarios y prestaciones sociales al demandante, esto no obedeció a una actuación de mala fe, si no a inconvenientes financieros de la empresa, que eran de pleno conocimiento del actor, pues, la accionada, se encontraba ejecutando el contrato de obra No. 3561 de 2014 a favor del Departamento de Santander, obra para la cual prestaba sus servicios el demandante y que presentó múltiples suspensiones desde el año 2018 en su ejecución lo cual generó graves inconvenientes económicos, debido que es la única actividad que desarrolla, generando así problemas para el pago de salarios de los trabajadores, factores ajenos a su voluntad, que han impedido efectuar el pago de lo adeudado al demandante; que, no fue posible la colaboración del señor Suárez Prada, para diligenciar la documentación requerida por el banco para el pago; y que, dentro del material probatorio aportado con la demanda, no se refleja nada que permita inducir que esa Sociedad ha obrado de mala fe, todo lo contrario, no desconoce los derechos del demandante, y por lo tanto, ha intentado dirimir este tipo de conflictos.

Por su parte, pide el demandante, que se confirme en su integridad la sentencia objeto de alzada, puesto que, como lo indicó el a-quo en el fallo recurrido, ante el no pago de la liquidación definitiva comprendida por sumas de dinero de concepto de salarios, cesantías, intereses a los mismos, prima de servicios y vacaciones, procede necesariamente la imposición de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto condenó

al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, o si por el contrario, se debe absolver a la Sociedad accionada, del pago de la misma, por encontrarse acreditado su actuar de buena fe.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST

Considera la demandada, que se debe absolver del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, pues, aunque reconoce que no realizó el pago oportuno de los derechos laborales del demandante, esta circunstancia no se produjo por mala fe, sino por una difícil situación económica, que obligó a la Empresa, a ceder a una entidad bancaria, sus derechos económicos, sin que el actor, presentara a tiempo sus acreencias para incluirlas en dicho trámite y realizar su pago.

En cuanto a la presente indemnización el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece la indemnización por falta de pago si a la terminación del contrato el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo, los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor.

Frente al particular oportuno resulta recordar que esta sanción no está llamada a imponerse en forma automática, sino que por el contrario debe encontrarse acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador, quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de reconocer y pagar a su ex trabajador las acreencias laborales propias del contrato de trabajo, correspondiéndole entonces a la parte demandada acreditar que su actuar estuvo revestido de buena fe; así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en forma pacífica y reiterada jurisprudencia.

En el presente caso, al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada, aceptó adeudarle al demandante, las acreencias laborales reclamadas en esta acción, aclarando que, lo que no se le ha cancelado, es porque cuando el señor Suárez Prada, salió de la empresa, estaban pasando por un momento de suspensión en los trabajos del proyecto de construcción que manejaba la empresa, además se encontraba realizando la cesión de sus derechos económicos con una Entidad bancaria, lo cual dificultó el pago de los trabajadores y proveedores; que, posteriormente, quisieron pagarle las acreencias laborales al actor, pero, no se llegó a un acuerdo con el abogado, porque él tenía otras pretensiones económicas; que, debido a la cesión de derechos económicos que adelantan con el Banco de Occidente, los recursos del proyecto en que trabajó el demandante, llegan primero al Banco, quien retiene el dinero y lo entrega a la Empresa, de acuerdo con las solicitudes que se hagan, debidamente

soportadas, con una conciliación o un documento; que, por eso cuando se le propuso un acuerdo de pago y el demandante se negó, no se le pudo cancelar nada, porque no había como soportar el retiro del dinero.

Así pues, comoquiera que, en el presente asunto, no se demostró por parte de la demandada, el pago de las prestaciones sociales causadas a favor del actor, ni en vigencia, ni a la terminación del vínculo laboral, obligación que aceptó la representante legal de UNIDOS POR SANTANDER S.A.S., haber incumplido, muy a pesar de que se adujo una difícil situación económica, por la suspensión de la obra que se encontraba desarrollando, además de una cesión de derechos económicos; claro es que, conforme a lo señalado en el artículo 28 del CST, el trabajador, no puede asumir los riesgos o pérdidas del empleador, razón por la cual la negativa de la demandada, en cancelar los rubros correspondientes a la finalización del vínculo laboral del actor, justifica la indemnización moratoria impuesta por el a-quo, razón por la cual, siendo esta la única inconformidad del recurrente, sin más consideraciones, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en la alzada a cargo de la demandada, al no prosperar el recurso interpuesto por ésta. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

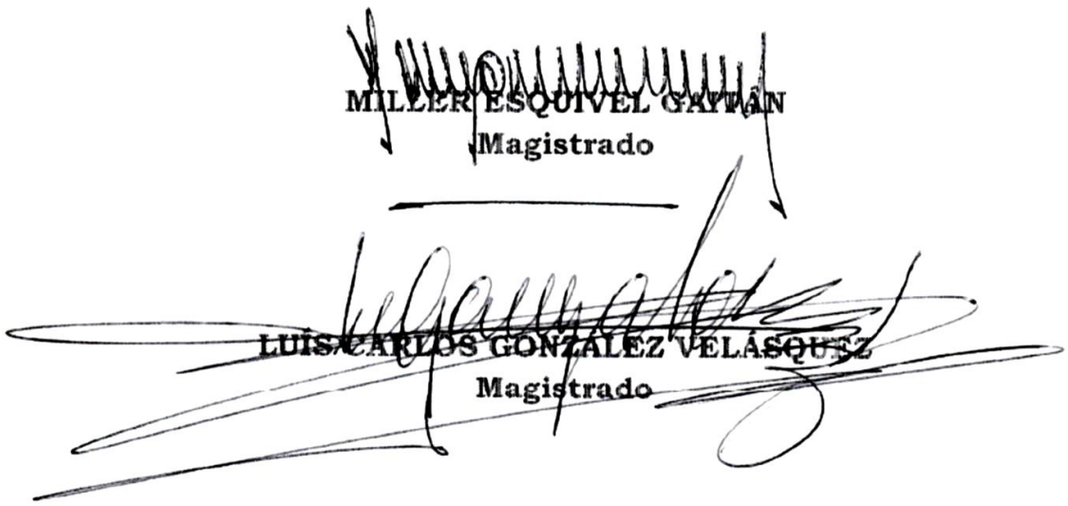
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2022, por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **FERNEY ADALVER SUÁREZ PRADA** contra **UNIDOS POR SANTANDER S.A.S.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502720200020601

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Contrato Realidad - Prestaciones Sociales – Indemnizaciones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JOSÉ RUBÉN RODRÍGUEZ MORA** en contra de **ROSALBA ROMERO**, propietaria del Establecimiento de Comercio CALZADO VROMSINO.

ANTECEDENTES

JOSÉ RUBÉN RODRÍGUEZ MORA, promovió demanda ordinaria laboral contra ROSALBA ROMERO, como propietaria del Establecimiento de Comercio CALZADO VROMSINO, para que, se declare que, entre ellos existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido, entre el 09 de julio de 2011 y el 06 de febrero de 2020, el cual terminó por despido sin justa causa, estando obligada la demandada, a pagar todas y cada una de las acreencias laborales e indemnizaciones generadas con ocasión de la vigencia y terminación del vínculo laboral; y, en consecuencia, se condene a la accionada, al pago de cesantías e intereses de cesantías, sanción por el no pago de intereses de cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión y Salud, por todo el tiempo laborado, la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada, lo ultra y extra petita, así como aquellas sumas y conceptos laborales que se hallaren probados o que

sean superiores a los solicitados y a las que tenga derecho conforme al artículo 50 del CPTSS, junto con las costas, gastos y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, sostuvo con la demandada, un contrato de trabajo verbal y a término indefinido desde el 09 de julio de 2011 y hasta el 06 de febrero de 2020, desempeñando el cargo de representante de ventas, en el Establecimiento de Comercio CALZADO VROMSINO, de propiedad de la señora ROSALBA ROMERO, ubicado en el barrio Claret de Bogotá, vínculo laboral que se desarrolló sin solución de continuidad.

Indicó que, las labores desempeñadas implicaban desplazarse continuamente a diferentes municipios del país, para atender diferentes clientes, a quienes se les vendía en línea; también debía buscar potenciales compradores, hacia seguimiento en ventas, verificaba la entrega de pedidos, gestionaba su cobro y participaba en ferias de calzado, debía realizar informes de sus viajes, legalizar gastos, estrategias de recorrido, creación y desarrollo de los productos vendidos; que, cuando estaba fuera de Bogotá, cumplía un horario de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 8:00 p.m., además de efectuar un reporte diario, y que, cuando estaba en la ciudad, laboraba de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 6:00 p.m.; que, la mayoría de veces, las órdenes las recibía, del gerente general del Establecimiento, a través de correo electrónico o teléfono.

Refirió que, el salario pactado era de un 6% sobre las ventas efectuadas en Bogotá y del 8% para el resto del país, sobre ventas brutas despachadas y que correspondieran a su gestión directa, salario que se manejó como integral y que equivalía mensualmente a $8.000.000, suma que se le consignaba mensualmente en su cuenta bancaria, a través de transferencia de la cuenta de la demandada; que, los avances que hacía para sostenimiento y desplazamientos, se relacionaban contablemente en un libro, que reposaba en el establecimiento comercial y, posteriormente, se los descontaban; que, ni en vigencia de la relación, ni a su terminación recibió el pago de prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión; que, fue despedido de manera verbal y sin justa causa (archivos 01 y 05 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **ROSALBA ROMERO**, dio contestación a la demanda oportunamente; se opuso a todas y cada una de las pretensiones; aceptó la prestación de servicios del demandante, desde el 09 de julio de 2011 y en cuanto a los demás hechos, dijo no ser ciertos, aclarando que, José Rubén Rodríguez Mora, fue representante de ventas para el establecimiento de comercio de su propiedad, sin subordinación, pues, realizaba su labor con absoluta independencia, autonomía, sin cumplir horarios, presupuestos, ni metas de ventas, no recibía órdenes, sólo

instrucciones para coordinar las actividades comerciales; aceptó que pactaron unas comisiones sobre las ventas del 6% y 8%, pero, que nunca acordaron que las mismas serían salario y mucho menos integral, sin que, hiciera reproche alguno por más de 9 años, de duración del acuerdo civil, a tal punto que cancelaba directamente los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, como persona independiente, porque esa era su verdadera actividad, un contratista independiente, que vendía un producto a cambio de una comisión; además, que nunca fue despedido, sino que dejó de ejercer su actividad comercial, por lo que tuvo que contratar a otra persona para realizar esa labor. Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción, que se negó dentro de la audiencia del artículo 77 del CPTSS, celebrada el 30 de junio de 2022 (archivos 14 y 16); además formuló las excepciones de mérito que denominó temeridad o mala fe y prescripción (archivo 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2022, el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, a término indefinido, vigente desde el 09 de julio de 2011 hasta el 06 de febrero de 2020, en el cual el actor, se desempeñó como representante de ventas en el establecimiento comercial de propiedad de la accionada; condenó a ROSALBA ROMERO a pagar a JOSÉ RUBÉN RODRÍGUEZ MORA, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, aportes al Sistema de Seguridad Social en pensión; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados del demandante y la demandada, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, indicó que, su inconformidad era respecto del salario y la indemnización por despido, pues, concluyó la a-quo, que el salario devengado fue el mínimo legal vigente para cada anualidad, debido a que no se probó el citado en la demanda, sin tener en cuenta, las consignaciones allegadas, donde se advierte que casi siempre la demandada le depositaba el mismo valor, esto es, $8.000.000, además que, en la contestación de la demanda, la señora ROSALBA ROMERO, confesó a través de su apoderado judicial, el pago del salario y las comisiones; que, en relación con la indemnización por despido, tanto en la contestación de la demanda, como al absolver interrogatorio de parte, la señora ROSALBA ROMERO, dijo que el vínculo terminó por un mensaje que se había enviado a los proveedores, que el actor, ya no prestaría más sus servicios a ese establecimiento y que en su lugar, lo haría otra persona, siendo removido del cargo, sin causa alguna y sin recibir el pago de su liquidación.

La **demandada**, argumentó que, no se le puede dar el carácter de relación laboral, a un vínculo civil de corretaje, sin tener vínculo de colaboración, dependencia, mandato o representación, simplemente servía de intermediario entre el establecimiento de comercio y una persona natural o jurídica que compra esos productos; que, el actor, no recibió un salario, sino que se trataba de las comisiones sobre las ventas efectuadas, al cual se le aplicaban todas las retenciones legales; que, el actor, era una persona con habilidad comercial, que desarrollaba las ventas de manera autónoma y nunca durante todos los años de ejecución de su contrato verba de corretaje, reprochó ni puso en conocimiento de autoridad judicial alguna su inconformidad con lo convenido con la demandada, de ahí que siempre fue su voluntad ejecutar el contrato de carácter civil y no laboral, convencimiento que tenían ambas partes, por lo que ROSALBA ROMERO, siempre ha actuado de buena fe; que, el demandante, consintió durante muchos años la relación de carácter civil, aceptó las retenciones en la fuente e ICA y mal puede ahora beneficiarse de su silencio, alegando un contrato laboral, del cual es plenamente conocedor que no se realizó así, actuación que comporta una mala fe de su parte, debiendo prosperar las excepciones propuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, las partes no se pronunciaron al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar i) si entre las partes existió un contrato civil de corretaje, como alega la demandada o si por el contrario se trató de un contrato de trabajo, como lo concluyó la Juez de Instancia; en caso de acreditarse el vínculo laboral, ii) si se demostró un salario superior al mínimo legal mensual vigente y iii) si procede o no el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o*

subordinación de la segunda y mediante remuneración."

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: ***a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.***

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio,** para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *"…Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador»."* (CSJ SL362-2018, Radicación 53801 del 21 de febrero de 2018).

En el presente caso al plenario se allegaron como pruebas, carta dirigida por CALZADO VROMSINO a sus clientes, sin fecha, mediante la cual presentó al demandante, *"como representante de ventas de nuestra empresa y quien estará dispuesto a escuchar cualquier comentario sobre nuestros productos"* (fl. 5 Archivo 02); igualmente, obra copia de un mensaje de datos, sin fecha, que, según manuscrito del actor, fue enviado el 10 de febrero de 2020, vía WhatsApp, desde el celular del establecimiento de comercio de la demandada, a sus clientes, informando que *"…el señor RUBÉN RODRÍGUEZ, ya no presta sus servicios como vendedor de calzado vromsino. Próximamente los visitará el señor JAIME MARIN o por lo pronto directamente en la fábrica…"* (fl. 6 Archivo 02); certificación cuenta de ahorros Bancolombia, del demandante (fl. 7 Archivo 02); extractos de la cuenta bancaria del actor (fls. 7-98 Archivo 02); recibo de fecha 31 de enero de 2019, denominado *"DOCUMENTO INTERNO PARA ADQUISICIÓN DE SERVICIOS"*, con el concepto *"COMISIONES FACTURADAS"*, periodo *"CANCELADAS MES DE DIC 2018 ENE 2019"*, por la suma de $6.932.351 (fl. 99 Archivo 02); cuadro de *"comisiones Rubén rodríguez recaudo mes DICIEMBRE 2018 – ENERO 2019"* (fls. 100-102 archivo 02); diferentes facturas de venta, donde aparece la demandada, como proveedor de servicios (fls. 104-131 archivo 02); distintas relaciones de remisiones y estado de cartera

(fls. 132-135 archivo 02); correos electrónicos y mensajes de datos, con conversaciones entre el actor y el señor Julio Gómez, gerente general de Calzado Vromsino (fls. 136-264 archivo 02); reclamación del pago de la liquidación final del contrato de trabajo y comisiones enviada por el demandante a la accionada, el 12 de marzo de 2020 (fls. 265-266 archivo 02).

Asimismo, se aportó certificación del 22 de julio de 2020, expedida por el señor OSWALDO DE JESÚS DALLOS PORRAS, comerciante, donde consta que *"el señor José Rubén Rodríguez Mora, me atendió como Representante de Venta de la Empresa CALZADO VROMSINO. Me ofreció los productos de calzado para hombre, era mi único contacto con la Empresa. La relación comercial fue desde el año 2011, hasta el mes de diciembre del año 2019. Las facturas eran canceladas a la señora ROSALBA ROMERO, a las cuentas bancarias que aparecían en dichas facturas. El representante de ventas me atendía y me visitaba 2 y hasta 3 veces por año en la ciudad de la Plata – Huila y cuando se realizaban ferias en CORFERIAS – Bogotá, yo lo visitaba o en otras ocasiones en algún recinto empresarial, tales como hoteles, donde el Sr. Representante de Ventas, exhibía los productos de Calzado Vromsino"* (fls. 267-268 Archivo 02); y, copia de la relación de retenciones efectuadas al demandante, por la demandada, por concepto de RETEFUENTE e ICA, entre 2016 y 2019 (fls. 16-23 archivo 10).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandada, informó que, el demandante, sí prestó sus servicios para el establecimiento comercial de su propiedad, como vendedor; que, ella no le explicó a sus clientes que el actor, sería representante de ventas de CALZADO VROMSINO; que, el señor Rubén Rodríguez trabajó hasta cuando se le informó a los clientes que el nuevo representante sería el señor Jaime Marín; que, las funciones del demandante, implicaban que él se desplazara fuera de la ciudad de Bogotá; que, los pagos por las ventas se hacían personalmente, algunas veces en efectivo, porque él tomaba préstamos y entonces cuando le iban a cancelar hacían los descuentos respectivos y el saldo restante se le daba directamente; que, ella no estaba muy pendiente de la fábrica y no recuerda los términos en que se desarrolló el contracto del actor.

Por su parte, el demandante, indicó que, su contrato con la demandada, fue verbal de trabajo, a término indefinido, celebrado con el señor MARIO GÓMEZ, delegado de la demandada; que, le dijeron que posteriormente se haría la afiliación al Sistema de Seguridad Social, porque a él lo llevaron de una empresa, en la cual estaba afiliado, a CALZADO VROMSINO, y quería seguir cotizando, pero, que fue pasando el tiempo y no fue afiliado, por lo que su esposa lo vinculó como su beneficiario; que, ha presentado la declaración de renta, pero no recuerda si dedujo o no las retenciones en la fuente efectuadas por la demandada; que, la mayoría de las ventas que hace el Establecimiento de Comercio, son *"remisionadas"*, para evitar el pago de impuestos, pero que, de lo facturado por él, si le hacían retención; que, respecto al cliente Luis Duarte, él cobró las facturas y efectuó las consignaciones respectivas antes de la terminación del vínculo laboral el 06 de febrero de 2020; que, allegó vía WhatsApp, las copias de las consignaciones de las facturas cobradas por él,

con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo y reposan en la Empresa, en las cuentas de AV Villas, que es donde se consigna su facturación.

De las pruebas antes señaladas, se concluye la prestación de los servicios personales del señor JOSÉ RUBÉN RODRÍGUEZ MORA, como representante de ventas del establecimiento comercial CALZADO VROMSINO, de propiedad de ROSALBA ROMERO, hecho que no sólo fue aceptado por ésta en la contestación de demanda, sino también al absolver interrogatorio de parte; tampoco existe discusión en cuanto a que el actor, recibió una contraprestación por las ventas efectuadas; sin que la demandada, lograra desvirtuar la continuada subordinación, que se presume de la existencia de la prestación personal del servicio; y es que, como se desprende de los mensajes de datos, allegados como prueba al plenario (fls. 136-264 archivo 02), el demandante, reportaba al gerente de CALZADO VROMSINO, de manera continua y frecuente las ventas, sus traslados a distintas ciudades del país, lo requería por materiales o muestras para clientes, además de solicitarle adelantos para cubrir los gastos de sus viajes, lo que de manera alguna, permite considerar que la labor desarrollada por el actor, a favor del establecimiento de comercio de la accionada, fue autónoma e independiente, menos aún que éste actuó como un simple corredor o intermediario entre la fábrica de calzado y sus clientes, pues, como ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 04 de marzo de 2015, radicación 40726, la función del corredor es poner en contacto a dos contratantes para facilitar sus negociaciones, sin que se le pueda cargar con obligaciones ajenas como la de mantenerse en vigilia para la realización efectiva del negocio; y, en el presente caso, quedó acreditado que era el actor, quien realizaba las ventas y actuaba como representante de CALZADO VROMSINO, ante los distintos clientes y proveedores; actuando de mala fe la demandada, al atribuirle el carácter de vínculo civil a un contrato de trabajo, desconociendo los derechos laborales del demandante.

Así las cosas, acreditados los elementos del vínculo laboral, sin que la demandada, demostrara la autonomía del actor, en su labor como representante de ventas de CALZADO VROMSINO, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto declaró la existencia de una verdadera relación de trabajo entre las partes.

DEL SALARIO DEVENGADO POR EL DEMANDANTE

Considera la parte demandante, que contrario a lo manifestado por la a-quo, dentro del plenario, sí se encuentra demostrado, no sólo con la documental, sino con la confesión de la demandada, en su escrito de contestación, que el salario devengado por el actor, correspondía a la suma de $8.000.000 y no al mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, con el que se liquidaron las condenas impuestas.

Al respecto, se advierte que, si bien es cierto, se allegaron al plenario los extractos bancarios del demandante (fls. 8-98 archivo 02), y unos listados denominados *"relación de comisiones"* (fls. 100-102 archivo 02) y cartera (fls. 132-135 archivo 02); así como la relación de retenciones efectuadas al demandante, por RETEFUENTE e ICA, entre 2016 y 2019 (fls. 16-23 archivo 10), de ninguna de estas documentales, se puede extraer con total certeza y sin lugar a duda, que efectivamente el actor, percibió como salario, en vigencia del vínculo laboral con la demandada, la suma de $8.000.000 mensuales.

Circunstancia esta que, tampoco se extrae de la contestación de la demanda, como lo afirma la parte actora, pues, al dar respuesta al hecho décimo tercero, la demandada, dijo que el mismo era *"parcialmente cierto"*, en cuanto al pacto entre las partes, de una comisión sobre las ventas del 6% y 8%, pero, negó todo lo demás, referente al que dicho pago correspondía al salario percibido por el actor y a que su monto total era de $8.000.000, por lo tanto, no es posible darle el valor de confesión, a una aceptación parcial de los hechos, ya que, para que esta tenga la virtud de producir consecuencias jurídicas en contra de la accionada, debe ser indivisible, es decir, que no se puede fraccionar para tomar ciertos apartes de sus manifestaciones a favor del actor y en contra de la declarante.

No cumplió el demandante, con la carga probatoria que le correspondía de demostrar el salario realmente devengado durante el vínculo laboral que sostuvo con la demandada; de ahí que, ante la imposibilidad de obtener el valor del promedio de lo percibido por el trabajador, es viable establecer como monto de la retribución el salario mínimo legal mensual, como lo concluyó la Juez de Instancia; lo que conduce a la Sala, a confirmar igualmente la sentencia apelada, en este sentido.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Ahora, insiste el demandante, en su recurso, en que, la terminación del vínculo laboral, fue una decisión unilateral y sin justa causa, de la demandada, que amerita el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, pues, sin ninguna explicación, simplemente un día se les informó a los clientes del establecimiento comercial CALZADO VROMSINO, que él, no sería más el representante de ventas y que en su reemplazo otra persona se haría cargo de atenderlos.

Sobre el presente asunto, son reiterados los pronunciamientos de la Jurisprudencia y la doctrina, respecto a que el trabajador, debe demostrar el hecho del despido mientras que, a la demandada, le corresponde demostrar los hechos constitutivos de justa causa del mismo. En consecuencia, es el empleador, quien debe probar, de manera fehaciente y sin lugar a dudas, en primer lugar, que los hechos endilgados al trabajador, constituyen justa causa y, en segundo lugar, que éste incurrió en dichos hechos.

En el presente caso, no se allegó prueba alguna que permita establecer a la Sala, que, el demandante, fue objeto de despido por parte de la demandada, y es que, de la copia de un mensaje de datos, sin fecha, que, según manuscrito del actor, fue enviado el 10 de febrero de 2020, vía WhatsApp, desde el celular del establecimiento de comercio de la demandada, a sus clientes, informando que *"…el señor RUBÉN RODRÍGUEZ, ya no presta sus servicios como vendedor de calzado vromsino. Próximamente los visitará e*l señor JAIME MARIN o por lo pronto directamente en la fábrica…"; no se puede concluir que la señora ROSALBA ROMERO, tomó la decisión de privar del empleo al trabajador, pues, de dicha comunicación sólo se logra extraer que el demandante, ya no se encontraba al servicio del establecimiento comercial, pero no se determinan las circunstancias que llevaron a esa situación; tampoco informaron nada las partes, al absolver interrogatorio de parte, por lo tanto, existe una duda acerca de la forma en que se produjo la terminación del contrato, pues, se desconoce si tuvo origen en una determinación del trabajador, o si fue la empleadora, unilateralmente quien lo despidió; lo que a todas luces conduce a la absolución respecto al pago de la indemnización deprecada, como acertadamente lo decidió la Juez de Primer Grado.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en esta instancia a cargo de los recurrentes, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ RUBÉN RODRÍGUEZ MORA** contra **ROSALBA ROMERO**, en su condición de propietaria del Establecimiento de Comercio CALZADO VROMSINO, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del demandante y de $1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220023l-01

SUMARIO ADELANTADO POR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, contra la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de julio de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN** contra **CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACION** y **MEDIMAS EPS S.A.S**

ANTECEDENTES

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACION, proceda al pago de $947.824, correspondientes a la diferencia entre la licencia por enfermedad general pagada a la trabajadora Jessica Piñeros Pardo y la que realmente le correspondía, más los intereses moratorios generados, desde la fecha del pago de la licencia y hasta que efectivamente se realice el desembolso, a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, la señora JESSICA PIÑEROS PARDO, presta sus servicios para esa Entidad, desde el 01 de abril de 2013, ocupando actualmente el cargo de gestor I, Código 301 Grado 01, en el Punto de Contacto Alpujarra – División de Gestión de Asistencia al Cliente de la dirección Seccional de Impuestos de Medellín – Nivel Nacional; que, a servidora se encuentra afiliada a CAFESALUD EPS S.A, desde el año 2017; y que, en virtud de dicha

afiliación le fue otorgada una incapacidad del 05 de mayo al 03 de junio de 2017, por enfermedad general.

Refirió que, esa Unidad, le canceló a su trabajadora, el salario correspondiente por la licencia por enfermedad general; sin embargo, CAFESALUD EPS, no ha realizado el pago total de la incapacidad, por $947.824, pese a que se le requirió mediante oficio No. 100214375-1636-2018, del 23 de mayo de 2018 (fls. 1-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, **CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN**, informó que, reconoció y liquidó la incapacidad de la trabajadora Jessica Piñeros Pardo, la cual canceló en su totalidad en 2 facturas por $2.194.926 y $168.840; en consecuencia, solicita que se declare la carencia de objeto por hecho superado, así como cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso (CD fl. 43).

Por su parte, **MEDIMAS EPS**, se opuso a las pretensiones, señalando que esa Entidad, no está legalmente obligada a reconocer y pagar obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, las cuales son claramente obligación de CAFESALUD EPS. Adicionalmente, tampoco hacen parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva (CD fl. 43).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 26 de julio de 2021, accedió parcialmente a la pretensión de la demanda, ordenando a CAFESALUD EPS S.A., cancelar a la accionante, la suma de $89.388, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, al encontrar una diferencia entre lo cancelado por la EPS, y lo que de acuerdo al salario devengado por la trabajadora, realmente le correspondía, además de ordenar el pago de los intereses moratorios, al no reconocer y cancelar la prestación económica solicitada, de forma oportuna y completa (fls. 46-51).

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, la demandante y la demandada CAFESALUD EPS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **UAE DIAN**, solicitó modificar la sentencia apelada, argumentando que, todo pago hecho al trabajador, sin importar su concepto o definición, hace parte del salario, por lo que, la liquidación de la prestación económica por incapacidad, realizada por la a-quo, es incorrecta, ya que, sólo tomó como base la asignación básica pactada, esto es, $3.942.370 y no la bonificación por servicios prestados, por $1.379.829, con la que, el salario total de la trabajadora, para el mes de abril de 2017, ascendería a la suma de $5.322.199; de ahí que, la incapacidad realmente ascendía $3.311.590 y no a $2.363.766, valor cancelado por CAFESALUD EPS, causándose una diferencia a su favor por $947.824 y no por $89.388, como lo determinó la Juez de Instancia.

Por su parte **CAFESALUD EPS S.A.** hoy en liquidación, reconoció que, aunque en la contestación de la demanda, se alegó el pago total de la incapacidad otorgada a la señora Jessica Piñeros Pardo, lo cierto es que, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia, esa Entidad, solicitó al área de prestaciones económicas, una auditoría de dicha liquidación y se logró evidenciar que efectivamente se le adeuda a la actora, el saldo a favor determinado en el fallo, por lo que, deberá la demandante, presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS, para que se lleve a cabo su eventual reconocimiento. También advierte que, dada la intervención forzosa administrativa de que es objeto esa EPS, se encuentra exonerada del pago de cualquier sanción moratoria, al configurarse una fuerza mayor, que impidió su cumplimiento oportuno.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y los recursos presentados por la demandante y la demandada CAFESALUD EPS hoy en liquidación, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar i) si se liquidó o no en debida forma la prestación económica por incapacidad que reclamaba la actora; ii) si procede el pago de intereses moratorios; y, iii) si en caso de existir un saldo a favor de la demandante, esta deberá presentar su acreencia en el proceso liquidatorio de la accionada.

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

> *"…el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.*
>
> *Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.*
>
> *6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral*
>
> *En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.*
>
> *(…)*
>
> *6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común*

…en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (…), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes…"

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). Ahora, para efectos de liquidar las incapacidades, el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, establece que:

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

Dada la naturaleza pública de la Entidad accionante, resulta igualmente relevante citar el artículo 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015, según el cual, para el caso de empleados públicos:

"Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.

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

En este sentido el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968, en cuanto al auxilio por enfermedad dispuso:

> *"ARTÍCULO 18. AUXILIO POR ENFERMEDAD. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social le pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:*
>
> *a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y*
>
> *b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes…"*

A su vez, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario el Decreto 3135 de 1968, estableció:

> *"ARTICULO 9. PRESTACIONES. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:*
>
> *a. Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y*
>
> *b. Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario."*

En ese orden de ideas, el empleado público incapacitado por enfermedad general tiene derecho al pago de una incapacidad, correspondiente a las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuere profesional. En todo caso, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

DEL PROCESO DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LA LIQUIDACIÓN DE CAFESALUD EPS

El 5 de julio del 2017, CAFESALUD EPS S.A, presentó ante la Superintendencia Nacional de Salud solicitud de Reorganización Institucional, el cual fue aprobado mediante la Resolución No. 2426 del 2017 ordenando la cesión de los activos, pasivos, contratos asociados a la prestación de servicios de salud y la habilitación del régimen contributivo y subsidiado a MEDIMAS EPS. El 30 de Octubre de 2018, la EPS solicitó la intervención forzosa administrativa para liquidar la entidad, toda vez que no tenía la posibilidad financiera y administrativa de continuar con su gestión, por lo que, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Resolución No. 007172 del 22 de Julio de 2019, ordenó la inmediata toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A; como consecuencia de la anterior decisión, el proceso de liquidación inició el día 5 de agosto de 2019.

El régimen jurídico aplicable a la liquidación de la entidad CAFESALUD EPS SA En Liquidación, es el dispuesto en la Resolución 007172 de 22 de Julio de 2019, adicionada por la Resolución 008028 del 20 de Agosto de 2019, expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con lo estipulado en los artículos 20 y 70 de la ley 1116 de 2006, el Decreto 2555 de 2010, y el Estatuto Orgánico Del Sistema Financiero (Decreto ley 663 de 1993).

En lo que interesa para resolver el presente asunto, el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Por su parte el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento para el cobro de sentencias contra la EPS, señalando que:

> *"…a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o*

bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad. Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago…"

Así las cosas, quien se considere con derecho a reclamar ante la EPS accionada, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito, el cual será considerado como pasivo cierto no reclamado; y en todo caso, quienes tenían procesos ordinarios admitidos y a pesar de haberlos notificado a CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN, antes del 5 de agosto de 2019, no presentaran su reclamación, las futuras condenas, son incluidas en el pasivo cierto no reclamado; quedando a voluntad del acreedor, hacer o no efectivo su derecho dentro del proceso de liquidación.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

De acuerdo a lo establecido en inciso segundo y siguientes del artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, el pago de las prestaciones económicas por incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

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

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al

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

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1281 de 2002, señala que:

> *"El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."*

DEL CASO EN CONCRETO

Solicita la demandante, en su recurso, que se modifique la decisión de Primera Instancia, pues, liquidó y ordenó el pago de una diferencia inferior a la que realmente le correspondía por concepto de incapacidad de la trabajadora Jessica Piñeros Pardo, ya que, considera, no se tuvo en cuenta el salario realmente devengado. De otro lado, aunque la demandada CAFESALUD EPS, aceptó adeudar a la actora, el valor de la condena impuesta por la a-quo, se opone al pago de los intereses moratorios, alegando que esa Entidad, se encuentra en proceso de intervención forzosa administrativa, y que, en todo caso, de existir algún saldo a favor de la DIAN, ésta debe presentar su acreencia al proceso liquidatorio, para su posible reconocimiento.

Al respecto, se tiene que la señora Jessica Piñeros Pardo, se encuentra vinculada laboralmente con la demandante, desde el 01 de julio de 2016 (fl. 11); es afiliada a la EPS accionada y fue incapacitada por enfermedad general del 05 de mayo al 03 de junio de 2017 (fl. 5); también quedó demostrado en el plenario que dicha trabajadora devengó como salario por el mes de abril de 2017, la suma de $4.985.667, valor sobre el cual se realizó el respectivo aporte al SGSSS (CD fl. 43); razón por la cual era éste ingreso y no otro, el que debía emplearse por CAFESALUD EPS S.A., para liquidar la incapacidad deprecada; sin embargo, se advierte que, la Juez de Primera Instancia, tomó como IBC, la suma de $3.942.371, que correspondía al sueldo del mes de octubre de 2017, y no al de abril de ese mismo año, que conforme al artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, era el pagado *"en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir"*. Por lo que, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se obtiene la siguiente diferencia:

Fórmula liquidación incapacidad enfermedad general	SALARIO * 66,67% *# Días incapacidad / 30
	$4.985.667 * 66,67% *28 / 30
Valor real auxilio económico por incapacidad	$3.102.347,91
Valor cancelado por CAFESALUD EPS	$2.363.766,oo
Diferencia a favor de la UAE DIAN	$465.581,91

Por lo anterior, comoquiera que, le asiste razón a la actora, habrá de modificarse el ordinal tercero de la sentencia apelada, para en su lugar ordenar a CAFESALUD EPS hoy en liquidación, a cancelar a favor de la UEA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN, la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($465.581,91); valor que deberá cancelar dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Ahora, en cuanto a la orden de pago de intereses moratorios, como ya quedó establecido, al haberse demostrado el incumplimiento de la EPS accionada, en el pago oportuno y completo de la incapacidad otorgada a la trabajadora de la demandante, pese a que la misma fue radicada, con los soportes correspondientes, resulta acertada la decisión de la a-quo, al imponer su condena. Sin que resulten validos los argumentos expuestos por la demandada, para exonerarse de su pago, por su estado de liquidación forzosa, comoquiera que, la prestación económica que aquí se reclama, fue pagada y reclamada por la UAE DIAN, con anterioridad al proceso de liquidación de la Entidad accionada.

Finalmente, en relación con la solicitud de ordenar a la demandante, presentar su crédito al proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS, teniendo en cuenta las normas antes citadas, y, comoquiera que, es decisión del acreedor, presentarse o no a dicho trámite, mal podría esta Instancia, imponerle esa obligación, como lo pretende la demandada; además, la presente demanda, se instauró el 11 de octubre de 2018 (fl. 1), es decir, con anterioridad a la apertura de la liquidación de CAFESALUD EPS, de ahí que, siendo conocedora la EPS, de la sentencia impugnada, bien puede tomarla, para su pago, como pasivo cierto no reclamado, sin imponerle a la parte actora, más cargas y desgaste administrativo.

En los anteriores términos quedan resueltas las impugnaciones presentadas por las partes.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 26 de julio de 2011; para en su lugar **ORDENAR** a **CAFESALUD EPS** en liquidación pagar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN** la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($465.581,91), dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta Instancia.

CUARTO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503520210024 6-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Pago de Prestaciones Sociales – Indemnización Moratoria artículo 65 CST.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y la demandada, contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **VIVIANA MARTÍNEZ URBANO** en contra de **CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S.**

ANTECEDENTES

VIVIANA MARTÍNEZ URBANO, promovió demanda ordinaria laboral contra CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo, a término indefinido, vigente del 01 de junio de 2017 al 13 de marzo de 2018, devengando el salario mínimo legal mensual vigente, más el auxilio de transporte, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa, con pleno conocimiento de la condición de debilidad manifiesta, por su estado de salud, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo; y, en consecuencia, que se condene a la demandada a pagarle la indemnización correspondiente a 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con las prestaciones legales y compensación en dinero de las vacaciones, causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, la sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la indexación de las sumas no constitutivas de salarios ni prestaciones sociales desde la terminación de la relación laboral hasta el día en que se realice su pago

efectivo, de acuerdo con la variación del IPC, lo que resulte probado, de acuerdo con las facultades extra y ultra petita y las costas que genere el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 01 de junio de 2017, suscribió con la demandada, contrato de trabajo a término indefinido, para desarrollar el oficio de emplantilladora o pegador de suelas, servicio que prestó de manera personal en la sede ubicada en la ciudad de Bogotá, cumpliendo un horario de lunes a sábado de 7:30 a.m. a 6:00p.m., devengando como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, más el auxilio de transporte.

Refirió que, fue diagnosticada con enfermedad inflamatoria pélvica femenina - EIP y síndrome de túnel del carpio, por lo que, desde el 2017, ha tenido que acudir a controles médicos y terapias físicas de manera constante, de los cuales tenía pleno conocimiento la demandada; que, en enero de 2018, se designó a la señora Ana María Chabur Trejos como su jefe directa, quien le dio un trato hostil, negándole los permisos para asistir a consultas médicas hasta que el 13 de marzo de 2018, le manera verbal la señora Chabur Trejos, le informó la decisión de la terminación de su contrato de trabajo, sin manifestarle la causa de dicha decisión, adelantar un procedimiento disciplinario o solicitar la autorización ante el Ministerio de Trabajo, por su estado de salud.

Que, ni en vigencia del contrato de trabajo, ni a su terminación le fueron canceladas las prestaciones sociales, ni vacaciones, tampoco fue afiliada a una administradora de fondos de cesantías, ni se le canceló la indemnización por despido sin justa causa; que, el 06 de abril de 2018, radicó ante la demandada, derecho de petición solicitando información del motivo por el cual se había terminado el vínculo laboral, a lo que la accionada, dio respuesta el 19 de abril de 2018, invocando como causales los numerales 1, 9, 11 y 13 del artículo 62 del CST, por haber recibido 3 llamados de atención, de los cuales no se allegó copia alguna; que, a la presentación de esta acción, no había recibido el pago de los derechos laborales reclamados (archivo 01 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S.**, dio oportuna contestación al a demanda, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; en cuanto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con el pago de prestaciones sociales y vacaciones, que indicó, sí fueron cancelados oportunamente y respecto a la terminación del contrato de trabajo, que dijo, se produjo con justa causa, pues, a la demandante, se le hicieron varios llamados de atención por violar de manera reiterada las medidas de seguridad y salud en el trabajo, adoptadas por la Compañía, y establecidas en el Reglamento Interno de Trabajo e igualmente por el bajo desempeño notado en sus labores; además, se le adelantó un

proceso disciplinario, dentro del cual la trabajadora, tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, levantándose de manera grosera, sin siquiera firmar el acta, y que, ante la negativa de la actora, en acercase a las instalaciones de la empresa a recibir el pago de la respectiva liquidación, la misma le fue consignada, mediante título judicial radicado el 20 de marzo de 2018. Propuso las excepciones de inexistencia de debilidad manifiesta alegada por la parte actora, justa causa para terminar el contrato debidamente acreditada, prescripción, cobro de lo no debido, pago y compensación, buena fe y la genérica (archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de junio de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo, entre las partes, a término indefinido, desde el 01 de junio de 2017 hasta el 13 de marzo de 2018, con una remuneración del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, más el auxilio de transporte; absolvió a la demandada, del pago de la indemnización correspondiente a 180 días de salario, prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; declaró que el despido de la demandante, fue ilegal y sin justa causa, por lo que, reconoció a favor de la actora, la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa; declaró probado el pago de las prestaciones sociales y cesantías, con un depósito judicial; condenó a la demandada, a cancelar a favor de la demandante, la sanción por el no pago de los intereses de las cesantías y por la falta de consignación de las cesantías en un fondo, así como la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; absolvió a la demandada, del pago de la indexación deprecada y condenó en costas a la accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **demandante**, se opuso a la declaración del pago de las prestaciones sociales por parte de la demandada, ya que, si bien ésta constituyó un depósito judicial a su favor, el mismo no le ha sido cancelado, pues, no se le comunicó su existencia; además, aunque inicialmente el depósito judicial correspondió por reparto al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, ese Despacho lo devolvió, por no superar los 20 salarios mínimos, sin que se tenga conocimiento del nuevo Juzgado, al que se repartió, por lo tanto, a la fecha de la sentencia, no ha recibido la actora, el pago las prestaciones sociales y vacaciones.

La **demandada**, por su parte, manifestó su inconformidad con la condena impuesta por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ya que, se

acreditó con la prueba documental y testimonial, que la demandante, sí fue notificada de la existencia del depósito judicial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la demandante, insistió en que no se puede declarar probado el pago de las prestaciones sociales, pues, si bien la parte pasiva realizó consignación en depósito judicial el 16 de marzo de 2018, lo cierto es que la actora, no recibió comunicación alguna para reclamar el pago de su liquidación y sólo tuvo conocimiento del depósito judicial hasta la recepción de la contestación de la demanda, pues antes de ello, la demandada, no estableció ningún tipo de comunicación para notificar la realización del depósito judicial y remitir los documentos pertinentes, situación que se puede verificar con el interrogatorio de parte practicado a la representante legal de CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S., quien de manera expresa manifestó que fenecida la relación laboral, no estableció comunicación alguna posterior con la demandante, contrariando la regla establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien mediante diferentes pronunciamientos como la sentencia SL2264 del 29 julio de 1988, la SL 28.090 del 20 de octubre de 2006 y la SL 4400 de 2014 ha reiterado que no es suficiente con que el empleador realice la consignación en depósito judicial de lo que adeude por concepto de salarios y prestaciones sociales, pues a su vez debe notificarle al beneficiario la existencia del título y ante qué juzgado puede reclamarlo, situación que no se dio en el caso en concreto; de otra parte, solicitó desestimar los argumentos expuestos en el recurso de apelación de la demandada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de apelación interpuestos, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, conforme a la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por la demandante y la demandada, considera la Sala que el problema jurídico se contrae a determinar, i) si fue o no acertada la decisión del a-quo, al declarar probado el pago de las prestaciones sociales y vacaciones de la trabajadora, mediante título judicial, constituido a su favor por la demandada; y, ii) si procede o no la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, impuesta a la demandada.

DEL VÍNCULO QUE ATÓ A LAS PARTES

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que unió a las partes, vigente entre el 01 de

junio de 2017 y el 13 de marzo de 2018, en virtud del cual la actora, se desempeñó como emplantilladora o pegadora de suelas, devengando como salario el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, junto con el auxilio de transporte.

DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES MEDIANTE TÍTULO JUDICIAL CONSTITUIDO A FAVOR DE LA DEMANDANTE

Solicita la parte demandante, que se ordene el pago de las prestaciones sociales, y no se declare probado el mismo con la consignación del título judicial efectuado por la demandada, comoquiera que, solo tuvo conocimiento de éste con la contestación de la demanda y no ha podido reclamarlo, pues, desconoce a qué Juzgado fue repartido, ya que, inicialmente se entregó al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por la cuantía, se devolvió a reparto, sin saber a dónde fue asignado.

Sabido es que es obligación del empleador, el pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, como contraprestación del trabajo humano, que a la luz de lo establecido en los artículos 13 y 14 del CST, corresponden al mínimo de derechos y garantías a favor del trabajador, los cuales tienen el carácter de orden público, por ende, son irrenunciables, salvo las precisas excepciones legales y tienen una naturaleza privilegiada habida cuenta que pertenece a la primera clase de créditos, conforme dispone el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, razón por la cual su pago es preferente.

Ahora, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 65 del CST, *"Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia".*

En el presente caso, y en lo que interesa para resolver la inconformidad de la parte actora, al plenario se allegaron como pruebas, comunicación del 16 de marzo de 2018, por medio de la cual la demandada, puso a disposición del Juez Laboral del Circuito Reparto, el título judicial No. 11001205001, por valor de $1.261.437, *"correspondiente a la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales adeudados a la señora VIVIANA MARTÍNEZ URBANO, con cédula de ciudadanía No. 52.954.822, a la terminación de la relación laboral que existió entre nosotros"*, junto con la copia del respectivo título judicial, acta de reparto al Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá y oficio 0313 del 02 de abril de 2018, dirigido a la Oficina Judicial de Reparto, a través del cual ese Despacho Judicial, comunicó la devolución del pago por consignación, *"para que sea repartido a los Jueces Laborales de Pequeñas Causas, esto teniendo en cuenta que el valor consignado no supera 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes"* y, carta dirigida por la representante legal de la demandada, a la actora, el 26 de agosto de 2019,

informándole que debía acercarse *"a la sede Judicial Hernando Morales Molina ubicada en la Cl. 10 No. 14-59 modulo 16, para que allá le indique el paso a seguir y usted pueda reclamar su dinero"* (archivo 17).

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada, indicó que, tanto a la actora, como a su pareja se les informó que la liquidación final de prestaciones sociales, le había sido cancelada mediante título judicial, entregándole a ella todos los documentos requeridos para que está pudiese reclamar el mencionado depósito, que se encontraba a órdenes del Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

Por su parte la demandante, indicó que, durante la vigencia del contrato de trabajo, la demandada, cumplió con el pago de sus salarios, que le eran cancelados todos los martes, igualmente hasta diciembre del año 2017, le dieron permisos para asistir a sus controles médicos sin ningún inconveniente, no obstante, para enero de 2018, cuando cambió de jefa inmediata, tuvo varias discusiones con la señora Ana María Chabur Trejos, pero ella finalmente de daba los permisos que requería.

También declararon en el proceso CARLOS EVELIO ALARCON CASTAÑO, dijo ser trabajador de la demandada, manifestó que conoció a la demandante, porque ella, también trabajó en la empresa accionada; que, CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S., nunca ha tenido problemas con los pagos de salarios y prestaciones sociales, que todos los martes les cancela los salarios a los trabajadores.

JULIO CESAR ZULETA MAYORGA, también trabajador de la accionada, dijo conocer a la demandante, porque ella también prestó sus servicios en la Empresa demandada, pero desconoce las razones por las cuales dejó de trabajar allí; señaló que, durante su permanencia en CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S., siempre le han cumplido con el pago de sus prestaciones sociales.

De las pruebas antes señaladas, se advierte que, contrario a lo manifestado por la actora, el título judicial que constituyó la demandada, a su favor, sí es prueba del pago de las prestaciones sociales adeudadas a la terminación del vínculo laboral y es que, sin desconocer la responsabilidad que deba recaer sobre la accionada, por el no pago oportuno de los derechos laborales de la trabajadora, lo cual será analizado más adelante; también era obligación de la demandante, acercase a la oficina judicial de reparto y averiguar, luego de la devolución del título por parte del Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, a dónde había sido asignado nuevamente el título, como se le advirtió en comunicación del 26 de agosto de 2019, por su exempleador; de ahí que, mal pueda imponérsele una condena a la accionada, por un pago que ya realizó, por el simple hecho de no haberse presentado la actora, ante la autoridad correspondiente a preguntar por su dinero; razón por la cual, se confirmará la decisión absolutoria del a-quo, en este sentido.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 CST

Manifiesta la demandada, su inconformidad con la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria, pues, considera que, con la prueba documental y testimonial, se acreditó que la demandante, sí fue notificada de la existencia del depósito judicial, a través del cual le fueron cancelados sus derechos laborales.

En lo que interesa a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, dicho artículo establece la indemnización por falta de pago si a la terminación del contrato, el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo, los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debiendo pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si trascurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas. En el parágrafo 2 del mencionado artículo se establece que la anterior aplicación es para los trabajadores, que devengaren más de un salario mínimo mensual vigente para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del CST.

Frente al particular oportuno resulta recordar que esta sanción no está llamada a imponerse en forma automática, sino que por el contrario debe encontrarse acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador, quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de reconocer y pagar a su ex trabajador las acreencias laborales propias del contrato de trabajo, correspondiéndole entonces a la parte demandada, acreditar que su actuar estuvo revestido de buena fe; así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en forma pacífica y reiterada jurisprudencia.

Referente al pago por consignación ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes oportunidades, entre ellas, en sentencia SL4400-2014 con radicado No. 39000 del 26 de marzo de 2014, cuando en lo pertinente indicó:

> ***"Sobre el pago por consignación.***
>
> *En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:*
>
> *El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al juzgado laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el*

juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

(…)

Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:

importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento."

En el presente caso, la parte demandada, indicó en su escrito de contestación (archivo 13), que, la actora se negó a recibir el pago de las prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral, hecho que no se logró demostrar, con ninguna de las pruebas allegadas, ni practicadas en el proceso; adicionalmente al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S, dijo que, tanto a la demandante, como a su pareja, se les comunicó la consignación de sus prestaciones sociales, pero, al plenario sólo se allegó la comunicación dirigida por la demandada a la trabajadora, el 26 de agosto de 2019, informándole que debía acercarse *"a la sede Judicial Hernando Morales Molina ubicada en la Cl. 10 No. 14-59 modulo 16, para que allá le indique el paso a seguir y usted pueda reclamar su dinero"* (archivo 17), de ahí que, aunque el título judicial se haya constituido el 16 de marzo de 2018, lo cierto es que, transcurrió más de 1 año, entre la fecha de finalización del vínculo laboral, el 13 de marzo de 2018 y la comunicación enviada a la actora, informándole de la existencia del pago por consignación; por lo tanto, no encuentra dislate alguno esta Sala, respecto a la condena impuesta a la censura por concepto de indemnización moratoria, pues analizados tanto los supuestos fácticos como jurídicos que rodearon el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, no se encuentra justificada la tardanza o mora en la que incurrió.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en la alzada a cargo de las recurrentes. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral adelantado por **VIVIANA MARTÍNEZ URBANO** contra **CALZADO ALFONSINI CJ S.A.S.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo de la demandante y de $1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220355-01

SUMARIO ADELANTADO POR ISABEL ELSA LIMBERG NUÑEZ CONTRA UT SERVISALUD SAN JOSÉ CON LA VINCULACIÓN DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ, en contra de la sentencia de Primera Instancia 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 laboral promovido por **ISABEL ELSA LIMBERG MUÑOZ** contra **UT SERVISALUD SAN JOSÉ** con la vinculación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.**

ANTECEDENTES

ISABEL ELSA LIMBERG MUÑOZ, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, proceda al pago de $16.020.573 correspondientes a los gastos en que incurrió por la cirugía de reemplazo de cadera, en la clínica Marly, el 23 de septiembre de 2019.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, hizo caso omiso a su solicitud de reemplazo de rodilla izquierda, lo que la llevó a acudir a los servicios de un ortopedista y realizase la cirugía, en el Hospital San José, el 01 de agosto de 2019, de forma particular; pero, debido al grave problema ortopédico al que fue expuesta, tuvo una afección de la cadera derecha; que, debió insistir más de 2 meses, para obtener una valoración médica, programada para el 24

de julio de 2019, donde el médico Milton Núñez Páez, le diagnosticó una coxartrosis derecha severa, con evolución de 5 años, remitiéndola al servicio de ortopedia – cadera, en Institución de III Nivel, para valoración y definición de tratamiento; decisión que fue respaldada por el neurocirujano tratante, el médico Edgar Ordoñez Mora.

Refirió que, luego de solicitar por un mes y medio, la accionada, a través de la IPS SERVIMED, generó la OPSA No. 290314, remitiéndola a consulta de primera vez por ortopedia y traumatología, en la Sociedad Medica de Ortopedia y Accidentes Laborales, que no es una institución de III Nivel, ignorando el concepto médico que así lo dispuso; que, tanto ella como su esposo, le señalaron el error a la persona encargada de emitir la orden, entonces, les dijeron que emitirían otra orden, por lo que, podía regresar a su casa y esperar que la llamaran para recoger la nueva autorización, sin que, a la fecha de presentación de esta acción, se hayan comunicado con ella; que, igual situación le ocurrió con la cirugía de rodilla, siendo costumbre de la accionada, remitir a los pacientes a Instituciones que no tiene la capacidad para realizar procedimientos, imponiendo trabas administrativas y económicas innecesarias con el objeto de no prestar los servicios de salud requeridos (fls. 2-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, dio oportunamente contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de la pretensión; aclarando que, la Compañía aseguradora en salud de la actora, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, a quien la FIDUPREVISORA S.A., le administra los recursos destinados a los servicios de salud de los docentes y sus beneficiarios, siendo esa Unión Temporal, a quien se le adjudicó por licitación pública, el contrato para la prestación de los servicios de salud, a través de dos IPS, una de ellas SERVIMED S.A.; que, la autorización para consulta de ortopedia, fue generada con el prestador Sociedad Médica de Ortopedia y Accidentes Laborales, Institución de nivel medio, pero, se desconoce si la usuaria, accedió o no al servicio brindado, ya que, no allegó requerimiento alguno por parte del prestador, por lo que tampoco resulta procedente reconoicmiento económico alguno, pues, no se presentó la orden para la práctica de un procedimiento quirúrgico; advirtió además que, los procedimientos de III y IV nivel no se encuentran al alcance de SERVIMED IPS, por no incluirse en el plan de beneficios pactado con SERVISALUD; que, la valoración prequirúrgica, bien pudo haber sido hecha por la Institución asignada, sin embargo, la demandante, de forma unilateral y sin ser necesario, acudió a la Clínica Marly, instituto de tercer nivel, para practicarse el procedimiento de reemplazo de cadera, de manera particular, por lo que, no puede imponérsele el pago de suma alguna, cuando su prestador, le brindó los servicios necesarios para tratar la patología padecida (CD fl. 31).

Por auto de fecha 20 de febrero de 2020, se dispuso la vinculación al proceso de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., quienes no se pronunciaron al respecto (fl. 5).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 11 de marzo de 2021, accedió a la pretensión formulada por la actora, ordenando a la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, reconocer y pagarle la suma de $16.020.572, dentro de los 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia; ordenó a la FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, que, en caso que la demandada, no realice el pago a favor de la actora, en el término señalado, proceda a descontar dicha suma del contrato suscrito con dicha Unión Temporal, efectuando el reconocimiento y pago de la condena impuesta a la señora ISABEL ELSA LIMBERG NÚÑEZ, dentro del mismo plazo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia, insistiendo en que esa Entidad, no es la aseguradora en salud de la actora, sino el FOMAG, administrado por la FIDUPREVISORA S.A.; advirtió que, en ningún momento ha vulnerado el derecho a la salud de la demandante, pues, le ha proporcionado las atenciones, que como Instituto Prestador de servicios en salud, le corresponde, ya que, fue valorada por medicina general el 21 de junio de 2019, donde se generó orden de ortopedia; el 24 de julio de 2019, fue examinada por el profesional de la salud, Milton Núñez, que prescribió la remisión de la actora, a ortopedia por cadera para determinar valoración y definición del tratamiento, autorizándosele el control por especialista en ortopedia y traumatología, en la Sociedad Médica de Ortopedia y Accidentes Laborales, que si bien presta sus servicios en nivel medio, *"lo cierto es que dicho proceso de evaluación y valoración médica no era para proceder a la intervención quirúrgica, sino que, tal y como se dijo, para realizar un control previo al procedimiento mismo, luego no era necesario en ese momento un instituto de ortopedia de "tercer nivel" para llevar a cabo dicho control pre-quirúrgico"*, siendo una decisión totalmente unilateral de la demandante, practicarse la cirugía de reemplazo de cadera, de manera

particular, en la Clínica Marly, cuando esa Entidad, le brindó los servicios necesarios para valorar y tratar la patología que le aquejaba (CD fl. 31).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resultó acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó el pago de los gastos en que incurrió la demandante, para sufragar el pago de la cirugía de cadera que tuvo que cancelar, como particular, en la Clínica Marly.

DEL REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD APLICABLE A LOS DOCENTES Y SUS BENEFICIARIOS

De acuerdo a lo señalado por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, conservó unos regímenes especiales, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normativa general, dentro de los cuales está el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, que se rige por sus propios estatutos,

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, encargado de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones impartidas el Consejo Directivo del Fondo, así se advierte en los artículos 3 y 5 de dicha Ley, que señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal, esto es, la Fiduciaria La Previsora S.A., según Escritura Pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C.

Igualmente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dispuso que todos los docentes, con vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a este; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1 y 2 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Respecto, al régimen de Seguridad Social en Salud de los educadores estatales activos y pensionados a nivel departamental y los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la fiduciaria y las empresas encargadas de la atención de los usuarios, dijo la Corte Constitucional, en sentencia T-496 de 2014, que:

> *"(...) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)".*

Por tanto, las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquéllos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *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 hay 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.".*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

> ***"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.*** *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 IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS 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 el 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 tengas 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.".* (Negrilla fuera de texto)

La corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Insiste la demandada UT SERVISALUD SAN JOSÉ, en su recurso, en que no es la llamada a responder por el pago de la condena impuesta, pues, es la FIDUPREVISORA S.A., la aseguradora de los docentes y esa Unión Temporal sólo se encarga de la prestación del servicio de salud; además que, en ningún momento se le negó a la actora, la valoración del médico especialista en ortopedia, sino que simplemente se remitió a una IPS de

nivel medio, pues, la evaluación previa al procedimiento quirúrgico, no necesariamente debe ser realizada en un Hospital de III nivel.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, solicitud de remisión del 24 de julio de 2019, para consulta por primera vez en ortopedia y traumatología, donde se especificó *"se remite a servicio institucional de Tercer Nivel Ortopedia-Cadera para valoración y definición de tratamiento"*; orden de prestación de servicios ambulatorios, del 13 de septiembre de 2019, otorgada a la demandante, indicando como prestador a la Sociedad Médica de Ortopedia y Accidentes, con diagnóstico de coxoartrosis no especificada y servicio autorizado consulta por primera vez por especialista en ortopedia y traumatología; epicrisis de la IPS CLÍNICA DE MARLY, donde se registró el 24 de septiembre de 2019, el ingreso de la actora a hospitalización y UCI, con dolor que no mejora con analgésicos ni terapias físicas de la cadera derecha, programando y practicándole el procedimiento denominado *"REEMPLAZO PROTESICO TOTAL PRIMARIO SIMPLE DE CADERA"*, siendo dada de alta el 27 septiembre de 2019.

Igualmente, aportó la demandante, recibo de caja No. 476911 del 17 de septiembre de 2019, por concepto de anticipo paciente, por $14.186.720; recibo de caja No. 480706 del 27 de septiembre de 2019, por $1.833.852 y, factura de venta No. SMAR1764431, de la CLÍNICA DE MARLY, de fecha 27 de septiembre de 2019, por la suma de $16.020.562; correo electrónico del 16 de marzo de 2020, del área de Gestión Jurídica de SERVISALUD, donde se reitera el trámite dado por esa Prestadora de Salud, a la remisión de la actora, a consulta de ortopedia-cadera (CD fl. 31).

Igualmente, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por el Profesional Especializado adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, la entidad demandada, tuvo *"las conductas de Negligencia, inoportunidad y negativa injustificada al evidenciar no haber garantizado a la usuaria (…), aquí demandante, la prestación efectiva de los servicios ordenados por el médico especialista en ortopedia (…) el día 24/07/2019 "Servicio Institucional de Tercer Nivel Ortopedia – Cadera, para valoración y definición de tratamiento" para la enfermedad COXOARTROSIS SEVERA CADERA DERECHA. Luego de transcurridos dos (2) meses el día 24/09/2019 la usuaria (…) persona adulta mayor, persona de especial protección constitucional reforzada en la IPS clínica de Marly de la ciudad de Bogotá, como paciente particular (…) recibió el tratamiento médico requerido"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, en el presente caso, la orden del médico tratante, que valoró inicialmente a la actora, el 24 de julio de 2019, y le diagnosticó el problema de la cadera derecha, fue clara en cuanto a que la señora LIMBERGN NÚÑEZ debía ser remitida a un *"Servicio Institucional de Tercer Nivel Ortopedia -Cadera para valoración y definición de tratamiento"*, razón por la cual, no le era dado a la Entidad

Prestadora de Salud, desconocer el criterio del médico tratante, única persona competente para decidir los servicios de salud requeridos por la demandante; para remitirla nuevamente a consulta en la Sociedad Medica de Ortopedia y Accidentes Laborales, IPS de nivel media, que no se encuentra habilitada para realizar el procedimiento quirúrgico que la señora ISABEL LIMBERG, requería en aras a solucionar la afectación de su cadera derecha; demostrando con ello, una denegación del servicio y atención requerida por la beneficiaria del Sistema de Salud, obligándola la demandada, con su actuar, a recurrir a un servicio médico particular, donde, de cuerdo a las especificaciones dadas por su médico tratante, le brindaron la prestación integral del tratamiento requerido, de manera oportuna, eficiente y con calidad.

Adicionalmente, debe advertirse que la demandante, es una persona mayor de 76 años de edad, que, como bien advirtió la a-quo, es sujeto de especial protección constitucional, de ahí que tiene derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta, por tanto, *"su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o financiera"*[2]; en consecuencia, mal podía la Entidad Prestadora de Salud, someter a la actora, a una nueva valoración por una IPS de nivel medio, donde, se reitera, nada podrían hacer por solucionar su dolencia, cuando su médico tratante, ya había diagnosticado que ésta requería acudir a un Hospital de III Nivel, por ser allí, donde recibiría el tratamiento que necesitaba; lo que denota la intención de la accionada, en imponerle a la paciente requisitos y barreras de acceso al procedimiento quirúrgico, afectando con ello, no sólo sus derechos a la salud, sino también a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad de la FIDUPREVISORA S.A., en el pago de las condenas impuestas, sin desconocer que dicha Entidad, es la vocera y administradora del FOMAG, lo cierto es que, está contrató la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, para prestar los servicios de salud a sus afiliados, y, siendo esta última quien con su actuar negligente, desconoció la orden del médico tratante y le negó a la actora, el acceso a un servicio médico de III nivel, es la llamada a responder por los gastos en que incurrió la demandante, al verse obligada a cancelar el procedimiento quirúrgico para atender su problema de cadera, de forma particular.

Así las cosas, se impone confirmar la decisión de Primera Instancia.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

[2] Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 11 de marzo de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por **ISABEL ELSA LIMBERG NÚÑEZ** contra **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220040 3-01

SUMARIO ADELANTADO POR RUBÉN GALLEGO GONZÁLES CONTRA MEDIMAS EPS S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada MEDIMAS EPS S.A.S, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de febrero de 2022, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **RUBÉN GALLEGO GONZÁLEZ** contra **MEDIMAS EPS S.A.**

ANTECEDENTES

RUBÉN GALLEGO GONZÁLEZ, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, se ordene la cobertura de los procedimientos y/o actividades y/o intervenciones, incluidas en el Plan de Beneficios en Salud, que fueron negadas por MEDIMAS EPS S.A.S.; que, se suministren los exámenes: ecografía de próstata transrectal, estudio de coloración básica en espécimen en reconocimiento, biopsia de próstata por saturación abordaje transrectal con soporte de sedación y demás exámenes, medicamentos o procedimientos que requiera para el tratamiento integral, para su enfermedad de hiperplasia de próstata o agrandamiento de próstata.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, desde el 01 de junio de 2021, el especialista en urología solicitó los exámenes diagnósticos ya mencionados, por hiperplasia de próstata, los cuales fueron autorizados por MEDIMAS EPS S.A.S., razón por la cual fue remitido a diferentes instituciones, así, entre junio y julio 2021, al Hospital San José Centro, donde le contestaron por correo electrónico, que allí no practicaban esos exámenes; en agosto y septiembre a la Red Norte Hospital Simón Bolívar, donde de manera verbal, le informaron que no realizaban el examen de estudio de coloración, por lo que, el área de autorizaciones de la accionada, nuevamente lo remitió al Hospital San José, pese a su

respuesta negativa; que, en septiembre y octubre, nuevamente autorizaciones, lo envió al Hospital Simón Bolívar, sin tener en cuenta que allí ya habían acudido sin obtener respuesta favorable.

Refirió que, el 26 de noviembre de 2021, recibió una llamada en su teléfono celular, del Hospital San José, indicándole que debía presentarse el 02 de diciembre de 2021, para cita con el urólogo; que, el 29 de noviembre de 2021, lo llamaron por el teléfono fijo, para citarlo a una ecografía de próstata transrectal, pero, el urólogo le informó que debía realizarse cuanto antes, los 3 exámenes ordenados, para una nueva valoración y definir el tratamiento definitivo; sin embargo, de nuevo en el Hospital Universitario San José Infantil, le comunicaron que tampoco tenían el servicio de biopsia de próstata.

Indicó que, MEDIMAS EPS, lo tiene de institución en institución, sin darle una respuesta clara y concisa del lugar donde puede salirse los exámenes requeridos por el urólogo; que, su salud está deteriorándose y mes a mes debe costear el cambio de la sonda y los medicamentos que tampoco le son autorizados por la EPS (archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **MEDIMAS EPS S.A.S.**, dio contestación oportuna; se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando que, el demandante, no cuenta con una orden médica vigente para los exámenes objeto de queja, por lo que, el 19 de enero de 2022, entablaron comunicación telefónica, con un familiar del actor, indicándole esta situación, para que solicitara nuevamente cita con el urólogo, la cual le fue asignada para el 28 de enero de 2022; manifestó que, una vez actualizada la prescripción médica, MEDIMAS EPS procederá con el trámite administrativo correspondiente, como asegurador; solicitó declarar como hecho superado las pretensiones del actor y archivar esta acción por carencia actual de objeto (archivo 10).

Igualmente, en el auto admisorio de la demanda, la a-quo, ordenó como medida cautelar que MEDIMAS EPS S.A.S., En el término máximo de 48 horas, asignara una Institución Prestadora de Salud de su red prestadora integrada de salud propia, adscrita y/o externa, que garantizara la realización de los procedimientos ordenados al demandante, el 01 de junio de 2021 por el médico especialista en urología tratante; además requirió a la IPS Hospital San José, Hospital Universitario Infantil San José y Subred del Norte Hospital Simón Bolívar, para que informaran las gestiones administrativas realizadas para brindarle al demandante, los servicios de salud autorizados por MEDIMAS EPS y requeridos por el actor, persona de especial protección constitucional reforzada (archivo 03).

La **FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ**, informó que el accionante, fue atendido en consulta de urología el 02 de diciembre de 2021, se le diagnosticó síndrome obstructivo bajo y se le ordenó una biopsia de próstata por fusión y control con resultados, pero, que en esa Institución, no practican esa clase de exámenes, ya que, carecen de los equipos y dotación necesario, siendo la EPS, a quien le corresponde tener en su red adscrita un prestador que ofrezca el servicio y si no lo tiene, buscar un prestador en Bogotá D.C., y hacer la gestión administrativa correspondiente (archivo 11).

Por su parte, la **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ**, indicó que, revisadas las atenciones y servicios de salud suministrado al señor Rubén Gallego González, ni el paciente, ni MEDIMAS EPS, han solicitado la programación de los servicios requeridos; que, el correo electrónico allegado por el demandante, como prueba de esta acción fue dirigido directamente por él, al servicio de radiología del Hospital, canal que no está dispuesto para la programación de citas médicas, además el examen de ecografía de próstata transrectal, no es practicado por esa área, sino por urología, de ahí que, se le haya dado una respuesta negativa, ya que direccionó mal su petición; además refirió que, las autorizaciones están mal generadas, pues, no tienen los códigos correctos (archivo 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 01 de febrero de 2022, accedió a las pretensiones formuladas, ordenándole a MEDIMAS EPS, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la fecha de notificación de la sentencia, le garantizara al demandante, en su red prestadora integrada de servicios propia y/o adscrita y/o externa, la prestación efectiva de los servicios de salud ordenados por el médico especialista tratante el día 01/06/2021, denominados: 1. Biopsia de próstata transrectal (COD. 601101), 2. Ecografía de próstata transrectal (COD.881502), 3. Estudio de patología (COD898201 CANT. 2), 4. Bloqueo de nervios pudendos (COD. 053109), 5. Incluir insumo (aguja de biopsia automática 18 GA X 25 CM ref. FASCUT 15G25), 6. Urocultivo + antibiograma (9001236), 7. Tiempos de coagulación (PT.PTT) (902049+902045), 8. Hisopado rectal / cultivo rectal gérmenes anaerobios (901217).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada MEDIMAS EPS S.A.S., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia, pues, el 01 de febrero de 2022, el demandante, tuvo cita con urología, donde se le renovaron las

prescripciones médicas, que fueron autorizadas por esa EPS, el 02 de febrero de 2022, con radicado 223070190, adicionalmente se le prescribieron exámenes de primer nivel, que no requieren autorización; que, por ser menor de 60 años, el actor, debe ser valorado por medicina interna o reumatología, para descartar causales adicionales que conllevaron a ese desgaste a temprana edad; que, el 03 de febrero de 2022, se estableció comunicación con el paciente, para programar la toma de la biopsia, pero, previo a ello es necesario que se practique los exámenes de primer nivel, que tenía programados para el 04 de febrero de 2022, en su IPS primaria y, luego con los resultados debe acercarse al Hospital Simón Bolívar, para programar la biopsia, como se lo indicó el urólogo; que, esa Entidad, cumplió con la función de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de salud, por lo que, solicitó la terminación y archivo de esta acción por carencia del objeto actual por hecho superado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación, tiene competencia para dirimir de fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resultó acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó a la accionada, la práctica de los exámenes e imágenes diagnósticas ordenadas al actor, por el médico especialista en urología.

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

DEL DERECHO A LA SALUD Y LA PRESTACION INTEGRAL DE LOS SERVICIOS MÉDICOS REQUERIDOS POR LOS AFILIADOS

Sabido es que la salud, es reconocida como un derecho fundamental, que no solo busca proteger la vida en condiciones dignas, sino también la recuperación y mejoramiento del paciente; es así como la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia C-313 de 2014, al efectuar el control previo de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria en salud, determinó que la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que determinan las condiciones mediante las cuales las personas pueden llevar una vida sana, teniendo como punto de partida la inclusión implícita de todos los servicios y tecnologías, debiendo establecerse expresamente las exclusiones a la cobertura del plan de beneficios en salud.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, *"El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan".*

Por su parte, el artículo 177 de la misma Ley, define a las Entidades Promotoras de Salud, como las "*responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley."*

Seguidamente, en los numeral 4 y 6 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993, establecen como algunas de las funciones de las EPS:

> *"…4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.*
>
> *(…)*
>
> *6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud…"*

La Corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así:

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Afirma la demandada MEDIMAS EPS S.A.S., que en presente caso operó la carencia actual de objeto por hecho superado, comoquiera que, el actor, ya fue atendido por el médico especialista en urología, quien le actualizó

las órdenes médicas para la práctica de los exámenes requeridos; además, ya se autorizaron los mismos y sólo se encontraba a la espera de la toma de exámenes primaros, para programarle en el Hospital Simón Bolívar, la biopsia requerida, cumpliendo así con su deber de garantizarle al paciente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, historia clínica y órdenes médicas, de fecha 01 de junio de 2021, expedidas por el especialista en urología, para la práctica de una biopsia de próstata transrectal, ecografía de próstata transrectal, estudio de patología, bloqueo de nervios pudendos, urocultivo y antibiograma, tiempos de coagulación, hisopado rectal - cultivo rectal gérmenes anaerobios, por posible hiperplasia de la próstata; autorizaciones de MEDIMAS EPS S.A.S., para la práctica de los exámenes e imágenes diagnósticas ordenadas; correo electrónico del 31 de agosto de 2021, enviado por el demandante, al servicio de radiología del Hospital San José, solicitando cita para ecografía de próstata transrectal, con respuesta de la misma fecha, informando que *"el servicio de Radiología Intervencionista indica que no se realiza el procedimiento solicitado"*; comunicación del 29 de noviembre de 2021, de MEDIMAS EPS S.A.S., al actor, programando cita para ecografía de próstata transrectal para el 01 de diciembre de 2021 y respecto al estudio de coloración básica en biopsia, se dispuso valoración previa por el urólogo del Hospital San José Infantil para el 02 de diciembre de 2021.

Igualmente, se aportó auditoría practicada por MEDIMAS EPS S.A.S., el 14 de enero de 2022, donde se concluye que *"en aras de dar solución de fondo y continuar garantizando el servicio de salud acorde a nuestras obligaciones legales, está realizando los trámites administrativos para dar continuidad de manera efectiva a lo requerido por el usuario, caso continúa en seguimiento"*.

También, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por el Profesional Especializado adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, el incumplimiento de la accionada, no sólo porque guardó silencio respecto a la medida cautelar decretada en el auto admisorio de la demanda, sino también en *"sus obligaciones legales que describe el artículo 3 de la Ley 1949 de 2019 para con su usuario el señor RUBEN GALLEGO GONZALEZ, por no haber cumplido con las normas que reglamentan en el SGSSS la prestación de servicios de salud y la especial protección constitucional, legal y convencional a los adultos mayores, en este caso del señor RUBEN GALLEGO GONZALEZ, y que instruyen la Circular Externa 4 de 2015 de la Supersalud y Circular Externa 35 de 2018 del Minsalud, el artículo 3 de la Ley 1949 de 2019, los artículos 12 y 13 de la Ley 1171 de 2007, la Ley 2055 de 2020 que tuvieron por efecto la vulneración del derecho fundamental a la salud del señor RUBEN GALLEGO GONZALEZ."*.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, contrario a lo manifestado por la parte accionada, en el presente caso, no se advierte la

carencia actual de objeto por hecho superado, pues, MEDIMAS EPS S.A.S., no demostró, estando en la obligación de hacerlo, que, al demandante, ya se le programaron y practicaron todos los exámenes e imágenes diagnósticas requeridas para definir el procedimiento para curar su padecimiento por hiperplasia de próstata; y es que, limitarse a expedir las autorizaciones para la realización de pruebas médicas, en ningún momento resulta suficiente para exonerar a la EPS, de su deber de brindar al afiliado una prestación integral del servicio de salud, de manera completa, oportuna, eficiente y con calidad, pues, claro es que, el señor Rubén Gallego González, no ha podido acceder a un tratamiento pleno, que le permita mejorar su estado de salud, ante la imposibilidad que ha tenido para la programación de los exámenes que requiere el profesional especializado en urología, en aras de brindarle al actor, una pronta recuperación.

Así las cosas, se impone confirmar la decisión de Primera Instancia, en ese sentido; aclarando a la accionada, que, como advierte la Corte Constitucional, entre otras en sentencia T-407 de 2017, no es admisible la imposición de barreras administrativas a los afiliados al SGSSS, para denegar o entorpecer el servicio de salud, por lo tanto MEDIMAS EPS S.A.S., debió ser clara con la información que le brindó al demandante, respecto a las Instituciones, a las que éste podía acudir para la práctica de las tecnologías e imágenes requeridas y no direccionarlo a diferentes IPS, donde no le brindaron ningún servicio, poniendo en riesgo no solo su condición física, sino incluso su vida.

En los anteriores términos queda resuelta la impugnación presentada por la parte accionada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 01 de febrero de 2022 dentro del proceso sumario laboral promovido por **RUBÉN GALLEGO GONZÁLEZ** contra **MEDIMAS EPS S.A.S.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220477-01

SUMARIO ADELANTADO POR AMPARO MOTTA VARGAS CONTRA EMCOSALUD CON LA VINCULACIÓN DE UT TOLIHUILA, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 29 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 laboral promovido por **AMPARO MOTTA VARGAS** contra **EMCOSALUD** con la vinculación de la **UT TOLIHUILA, NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.**

ANTECEDENTES

AMPARO MOTTA VARGAS, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, EMCOSALUD, proceda al pago de $14.841.147 correspondientes a los gastos en que incurrió por la atención prioritaria y de urgencias que requirió.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 12 de enero de 2017, fue atendida por un médico de la EPS EMCOSALUD, quien equivocadamente le diagnosticó faringitis aguda no especificada, cuando el 17 de febrero de 2017, según biopsia del Centro de Diagnóstico para la Mujer de la Fundación Santa Fe de Bogotá , se determinó que era *"positivo para Carcinoma papilar de tiroides en Fondo de tiroides Linfocítica"*, *"Tumor maligno de glándula tiroides"*, *"Carcinoma papilar Hipotiroidismo"*; considerando el cirujano de cabeza y cuello de dicha Institución que requería tratamiento prioritario y urgente; por lo que, se dirigió a EMCOSALUD, en Neiva, donde se le informó de manera verbal,

que la EPS, no tenía un profesional de esa especialidad, que pudiera atender debidamente su caso, viéndose obligada a buscar atención particular, para prevenir riesgos mayores e irreversibles en su salud.

Refirió que, el 25 de marzo de 2017, fue atendida en la Clínica de Marly, por el cirujano de cabeza y cuello, quien le practicó cirugía de tiroidectomía total más vaciamiento de cuello central, quedando hospitalizada hasta el 26 de marzo de 2017 y con cita de control para el 04 de abril de 2017; que asistió la consulta de control, donde se sugirió 30 mm de yodo y fue remitida a medicina nuclear; que, para su atención oportuna, integral y adecuada debió realizar gastos económicos de manera particular, que debieron ser asumidos por la EPS accionada; de ahí que, el 21 de abril de 2017, radicó la solicitud de reembolso ante EMCOSALUD, pero según comunicación recibida el 24 de mayo de 2017su petición fue resuelta de forma negativa.

Indicó que, es una mujer de 70 años de edad, en alto grado de vulnerabilidad por estado de salud, pensionada del Magisterio, a quien, de manera verbal, se le negó la atención por un medico especialista en cabeza y cuello, que no cuenta con los recursos económicos para continuar asumiendo los altos costos que conlleva el tratamiento de su enfermedad; que, interpuso acción de tutela, que correspondió al Juez Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Neiva, el que a través de fallo del 12 de julio de 2017 negó sus pretensiones, decisión confirmada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento, el 01 de septiembre de 2017 (fls. 1-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **EMCOSALUD**, no se pronunció al respecto.

Por auto del 19 de noviembre de 2020, se dispuso, vincular al proceso a la UNION TEMPORAL TOLIHUILA, a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUPREVISORA S.A., quienes dieron contestación en los siguientes términos:

La **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.**, vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, indicó que, no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud o médico asistenciales, ya que, por ley están reservadas dichas funciones a las Entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social; que, en todo caso, no se advierte que la actora, haya radicado solicitud de reembolso ante EMCOSALUD, ni la negativa de esa EPS, a efectuar su pago. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (CD fl.155).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, dijo no estar legitimada para pronunciarse frente a los hechos de esta acción, no es la encargada de la prestación de los servicios de salud de la actor y, por ende, tampoco está llamada a reconocer el monto de dinero reclamado, máxime cuando su pretensión no está dirigida en contra de esa cartera (CD fl. 155).

La **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA**, manifestó que los hechos de la presente acción acaecieron antes de la constitución de esa Unión Temporal, el 19 de julio de 2017, por lo tanto, no pueden aceptar o negar lo afirmado por la actora, ateniéndose a lo que resulte probado. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido (CD fl. 155).

La **CLÍNICA DE MARLY**, a través del Cirujano de Cabeza y Cuello, doctor Enrique Cadena Piñeros, explicó que, la actora, se presentó en esa Institución, con una ecografía de cuello y una biopsia de ACAF, leídas por la Dra. Paula Andrea Rodríguez; que, con el diagnóstico de la patología, después de realizar una cuidadosa exploración física y con la historia clínica, realizó la impresión diagnóstica de un carcinoma de tiroides, considerada una urgencia oncológica, por lo que, se procedió a operar, el 25 de marzo de 2017, previo visto bueno de cardiología y anestesiología; que, en ningún momento la actora, informó que se encontraba afiliada a ninguna EPS, sino que refirió querer asumir el costo total de la atención como particular, razón por la cual no se realizó ningún proceso de referencia y contrareferencia de la paciente, ni se informó a EMCOSALUD, de la atención que se le estaba prestando a su afiliada; sin embargo, se le explicó claramente que era importante realizar el tratamiento de forma prioritaria y se le entregó, en la consulta inicial, copia de la historia clínica para que procediera a consultar con su aseguradora de salud, pero, la actora, regresó para realizarse el tratamiento como particular (CD fl.55).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 29 de marzo de 2021, no accedió a la pretensión formulada por la actora, por no demostrar que EMCOSALUD EPS le negó la prestación de los servicios reclamados en el reembolso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandante, nuevamente relató los hechos de su acción e insistió en que se debe ordenar el reembolso de los gastos en que incurrió para tratar su carcinoma de tiroides de forma particular, pues, requería tratamiento y la intervención quirúrgica de manera urgente y prioritaria, además que, fue la misma

EMCOSALUD, quien le comunicó verbalmente, que no tenían un especialista de cabeza y cuello, acreditado, como se requería para tratar su caso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resultó acertada o no la decisión de la a-quo, en cuanto negó el reconocimiento económico reclamado por la actora, ante la falta de pruebas que acreditaran la negación del servicio de salud por parte la EPS accionada.

DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD APLICABLE A LOS DOCENTES Y SUS BENEFICIARIOS

De acuerdo a lo señalado por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, conservó unos regímenes especiales, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normativa general, dentro de los cuales está el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, que se rige por sus propios estatutos,

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, encargado de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones impartidas el Consejo Directivo del Fondo, así se advierte en los artículos 3 y 5 de dicha Ley, que señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal, esto es, la Fiduciaria La Previsora S.A., según Escritura Pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C.

Igualmente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dispuso que todos los docentes, con vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a este; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1 y 2 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Respecto, al régimen de Seguridad Social en Salud de los educadores estatales activos y pensionados a nivel departamental y los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la fiduciaria y las empresas encargadas de la atención de los usuarios, dijo la Corte Constitucional, en sentencia T-496 de 2014, que:

> *"(...) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)".*

Por tanto, las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquéllos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *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 hay 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.".*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

> ***"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.*** *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 IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS 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 el 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 tengas 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.".* (Negrilla fuera de texto)

La corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de*

> *tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Insiste la demandante, en que se debe ordenar el reembolso de los gastos médicos en que incurrió, de manera particular, para tratar el problema de carcinoma de tiroides que padecía, pues, la EPS accionada, le informó de manera verbal, que no tenía un especialista de cabeza y cuello, que pudiera atender su padecimiento, viéndose obligada a buscar el servicio médico requerido, fuera de la red prestadora de servicios de salud.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, facturas de venta No. FSFB04244918 y FSFB042444925 del 03 de enero de 2017 del Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, donde se encuentran los

pagos efectuados por la actora, por concepto de biopsia de tiroides por $813.357 y estudio de coloración básica en citología por aspiración, por la suma de $238.920 (fls. 8-9); factura de venta SO004693 del 09 de marzo de 2017, por concepto de electrocardiograma por la suma de $50.000; facturas ANA124088 y 124089 por domicilio Emermedica y exámenes de sangre, por $25.650 y $171.300 (fls. 10-12); factura de venta No. 0985, expedida el 14 de marzo de 2017 por la médica Claudia Sara Nope Cepeda, por consulta primera vez cardiología, de $250.000 (fl. 13); tiquete de venta tiendas Olímpica del 14 de marzo de 2017, por la compra de medicamentos por un total de $47.100 (fl. 15); factura prueba de esfuerzo, Departamento de Cardiología de la Clínica La Colina, por $760.100, con su respectivo resultado (fls. 16-17); factura de venta No. 0987, expedida el 17 de marzo de 2017 por la médica Claudia Sara Nope Cepeda, por consulta control cardiología, de $150.000 (fl. 21); tiquete de venta tiendas Olímpica, por $68.100 (fl 20); hoja con logo de la Clínica de Marly, donde de forma manuscrita consta que, el 04 de abril de 2017, el médico Enrique Cadena, recibió la suma de $5.000.000 por concepto de honorarios médicos por manejo quirúrgico de tiroidectomía total mas vaciamiento de cuello central, sin que dicho documento corresponda a una factura de venta o un documento equivalente que cumpla con los requisitos tributarios (fl. 21); recibos de caja de la Clínica de Marly, del 23 y 25 de marzo de 2017 por valoración anestesia, de $115.900 y anticipo CX PARTICULAR por $8.275.100 (fls. 24-25); factura de venta No. SMAR-329017, de fecha 26 de marzo de 2017, por un valor total de $7.111.620.

Asimismo, presentó la demandante, declaración juramentada, rendida ante la Notaria Quinta del Círculo de Neiva, el 21 de mayo de 2018, donde manifestó, bajo la gravedad de juramento, que *"a comienzos del mes de marzo del año 2017, acudí a mi EPS EMCOSALUD DE NEIVA, para solicitar ESPECIALISTA DE CABEZA Y CUELLO, para atender la grave emergencia en mi salud relacionada con mi tiroides; y un profesional de la EPS EMCOSALUD de Neiva, me informó que a esa fecha, LA ENTIDAD NO TENÍA ESPECIALISTA DE CABEZA Y CUELLO"* (fl.32 y 117); escrito de fecha 05 de febrero de 2017, dirigido por la actora, a Esperanza Castro, Directora Médica EMCOSALUD, allegando *"fotocopias de consultas, laboratorios y procedimientos efectuados con motivo del proceso de mi enfermedad de la tiroides, de carácter urgente e inaplazable efectuados hasta la fecha, con el fin de anexarlos a la Historia Clínica y para las futuras acciones en pro de mi tratamiento y mejoría"*; no obstante dicho documento, no tiene ningún sello de recibo por parte de la EPS accionada, simplemente en forma manuscrita, se advierte en la parte superior *"W. VARGAS 3-3-2017 4:15 PM"* (fl. 33).

También, milita en el expediente, la historia clínica de la demandante, de la Clínica de Marly, junto con todas las órdenes médicas y exámenes practicados (fls. 36-93); copia de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva, de fecha 12 de julio de 2017 y del Juzgado Tercero Penal del Circuito

con Función de Conocimiento de Neiva, del 01 de septiembre de 2017, negando el amparo constitucional deprecado por la actora y donde se indicó que, el 03 de marzo de 2017, ésta radicó ante EMCOSALUD, órdenes particulares para valoración por cirujano de cabeza y cuello, por lo que se dio autorización y asignación de cita al Hospital San José en la ciudad de Bogotá, sin que acudiera a la misma, y que, además, el 26 de abril de 2017, luego de presentar orden expedida por cirujano particular para medicina nuclear, se le expidió autorización, para el Instituto Nacional de Cancerología (fls. 103-114); epicrisis EMCOSALUD Sede Magisterio, donde consta atención a la señora AMPARO MOTTA VARGAS, el 12 de enero de 2017, con dolor de garganta, de 3 días de evolución, por lo que, se le diagnosticó faringitis aguda no especificada, prescribiéndole antibiótico para tratar la enfermedad (fls. 115-116).

Igualmente, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, *"Según la revisión técnica realizada, la Usuaria decide motu proprio, acudir a Endocrinólogo particular en la FCI de Bogotá, realizarse BACAF particular en FSFB y procedimiento quirúrgico en Clínica de Marly de la misma ciudad. No se evidencian trámites administrativos ante la Sociedad Clínica EMCOSALUD en los cuales se identifique imposibilidad, negación o negligencia"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, efectivamente, en el presente caso, como lo concluyó la Juez de Instancia, no existe prueba alguna, además del dicho de la actora, que demuestre que está acudió a EMCOSALUD, con el diagnóstico de carcinoma de tiroides, y que dicha EPS, le haya negado expresamente la atención requerida, todo lo contrario, como se extrae de las consideraciones de los fallos de tutela allegados, a la demandante, le fue autorizada cita médica, en el Hospital San José de la ciudad de Bogotá, con el respectivo especialista, pero ella no se presentó; y, en todo caso, no allegó al plenario ningún documento de donde se logre advertir la imposición de barreras administrativas o negligencia injustificada de la accionada, para brindarle el servicio de salud, a que tiene derecho como afiliada a esa Entidad Prestadora. Es más, ni siquiera fue aportada al plenario, la solicitud de recobro que dijo haber presentado ante EMCOSALUD, el 21 de abril de 2017, ni menos aun la respuesta de esa EPS, negando la devolución de dichos gastos.

Evidentemente, sin desconocer, la desconfianza que pudo causar en la actora, un diagnóstico inicial que no coincidió con la patología que realmente presentaba; lo cierto es que, ella, no desplegó ninguna actuación tendiente a que fuera EMCOSALUD, la que, cumpliendo con su labor de aseguramiento en salud, le brindara el tratamiento médico para atender su enfermedad; sino que, desde un primer momento decidió, de manera unilateral, realizarse los exámenes e imágenes diagnósticas, fuera de la red de IPS de la accionada y adicionalmente, someterse a un procedimiento

quirúrgico, sin intentar que el mismo fuera cubierto por su EPS, sólo porque, según indicó en su escrito de demanda, y ratificó en la declaración extraproceso, *"verbalmente"*, un trabajador de la accionada, le dijo que allí no contaban con un especialista en cabeza y cuello, sin exigir los derechos que como afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, le asisten, para que su Entidad Prestadora, le garantizara la atención médica especializada, con su red de prestadores o contratando con otras Instituciones los servicios requeridos por sus afiliados.

Así las cosas, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, cuando se reitera, la demandante, no agotó ante su EPS, el trámite para que allí se le brindara el tratamiento integral que requería, por lo que, mal podría endilgarse a EMCOSALUD, la negación de un servicio, que no le fue solicitado.

Así las cosas, se impone confirmar la decisión de Primera Instancia

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 29 de marzo de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por **AMPARO MOTTA VARGAS** contra **EMCOSALUD**, por las razones expuestas.

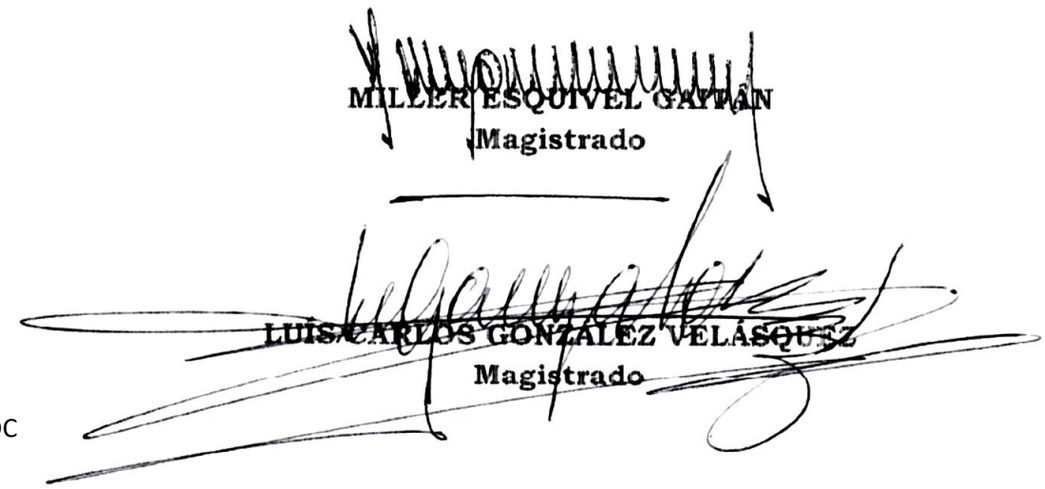
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502020180058501

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Honorarios profesionales de abogado.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, en contra de la sentencia proferida el 11 de junio de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS ALBERTO MEDINA HERRERA** en contra de **CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ**.

ANTECEDENTES

CARLOS ALBERTO MEDINA HERRERA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, para que, se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo objeto era la recuperación y saneamiento de todos los proceso sobre el inmueble ubicado en la calle 132 A No 58C – 28 de Bogotá, identificado con matrícula inmobiliaria 50N-423231; y, en consecuencia, al haber terminado con todos los procesos que pesaban sobre el bien, se debe reconocer como contraprestación a su trabajo, la suma de $175.000.000, junto con $12.000.000, por concepto de canon de arrendamiento de la bodega, en la cual se encuentran depositados los muebles, hallados en la casa luego de la diligencia de entrega, los intereses moratorios, a la tasa más alta autorizada y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, acudió a su oficina en el año 2004, para solicitar sus servicios, en defensa de los inmuebles ubicados en la diagonal 17 sur No. 35-05 y calle 132 A No. 58C – 28 de la ciudad de

Bogotá; que, respecto del primer inmueble le fueron cancelados sus honorarios profesionales, pero frente al segundo, el demandado, le informó que nunca había cancelado ninguna cuota al Banco Cafetero y no tenía dinero para abonarle por honorarios, entonces acordaron que se liberaría el inmueble, luego lo venderían y repartirían el capital en un 50% para cada uno, acuerdo que plasmaron en un contrato y autenticaron en la Notaría 12 de Bogotá.

Que, el inmueble se encontraba para remate, por proceso hipotecario, en el Juzgado Primero Civil del Circuito, donde allegó poder, pero no realizó ninguna actuación en aras de evitar la interrupción de la prescripción, hasta el 24 de octubre de 2005, cuando el Juzgado, ordenó la nulidad de lo actuado y la terminación del proceso, decisión contra la que el Banco actor, interpuso apelación, pero desistió posteriormente del mismo; que, luego el inmueble quedó a disposición del Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo singular con radicación 1996-35597, adelantado por el Banco Industrial Colombiano, habiendo realizado acuerdo de pago con COVINOC; no obstante, Bancolombia, quien se había fusionado con el Banco actor, se negó a la terminación del proceso, razón por la que el mismo fue enviado al Juzgado Segundo Civil de Ejecución del Circuito de Bogotá, donde surtida la audiencia de conciliación y cumplidas todas las etapas procesales, se ordenó el levantamiento del embargo y secuestro, así como su entrega al señor Lora Fernández.

Que, pese a lo anterior, cursaron además dos procesos de pertenencia sobre el inmueble, ante los Juzgados 11 y 37 Civil del Circuito de Bogotá, donde defendió al demandado, negándose las pretensiones de los demandantes, por lo que, obtuvo en ambos resultados favorables para su cliente; que luego de cuatro intentos en los que se presentaron dos oposiciones, finalmente se realizó el allanamiento y se hizo la entrega del predio a Carlos Fernando Lora Fernández, pero que, lo dejaron a él como responsable, desde el 09 de septiembre de 2016, de los muebles y enseres que se encontraban en el lugar, los cuales dejó depositados en una bodega del barrio Fontibón, cancelando $500.000 mensuales, pagos que a la fecha de presentación de la demanda, ascendían a la suma de $12.000.000; además de $1.000.000 que tuvo que pagar el día de la diligencia de entrega, para el camión que transportaría los muebles.

Refirió que, representó al demandado en todos los procesos judiciales y actuaciones policivas, sin recibir ningún abono por concepto de honorarios, durante 15 años de trabajo; que, el señor Lora Fernández, vendió el inmueble a los 2 meses de la entrega, en la suma de $350.000.000, por lo que, según el acuerdo, le corresponderían por su gestión como abogado $175.000.000, que nunca le canceló, revocándole el poder; que, se vio en la obligación de citar al demandado a un interrogatorio de parte, ante el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá e interpuso denuncia penal en su contra por falso juramento y levantamiento de bienes (fls. 1-10 y 1270-1279 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado **CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos, aclarando que, nunca suscribió un contrato donde se estableciera el pago de honorarios por el valor del 50% del inmueble tantas veces citado; que, el demandante, sí lo representó en las distintas actuaciones judiciales mencionadas en la demanda, sin embargo, nunca han llegado a un acuerdo respecto al pago de los honorarios del abogado, ya que el actor, no le ha dicho de manera formal a cuánto ascienden los mismos, tampoco le ha dado un informe de su gestión, ni había terminado con los mandatos encomendados, cuando lo citó a interrogatorio de parte anticipado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por no haberse cumplido el contrato en los términos de cuota litis, imposibilidad de fijar cuota litis en procesos de naturaleza declarativa no pecuniaria, buena fe por parte del demandado, prescripción y la genérica (fls. 1314-1325 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de junio de 2021, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que; entre las partes, existió un contrato de prestación de servicios profesionales entre el 20 de mayo de 2004 y el 14 de marzo de 2014, para adelantar múltiples procesos, que tenían como finalidad la liberación del inmueble ubicado en la calle 132 A No. 58C – 28, de propiedad del accionado; condenó a CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, a pagar al actor, la suma equivalente a 115 SMLMV, por concepto de honorarios, liquidados con el valor del SMLMV al momento del pago; condenó al demandado a pagar $12.000.000 por concepto de cánones de arrendamiento de la bodega ubicada en el barrio Fontibón; y, condenó en costas al demandado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandado, interpuso recurso de apelación, argumentando que, esa parte en ningún momento ha desconocido la gestión del actor, sin embargo, el a-quo, concluyó la existencia de un contrato de prestación de servicios que no se logró probar, pues, no consta por escrito, ni se determinaron las obligaciones recíprocas de las partes; que, los honorarios fijados en Primera Instancia, se tasaron de manera individual, por cada una de las gestiones realizadas por el actor, debiendo entonces estudiarse de fondo la excepción de prescripción de igual forma, esto es, por separado, teniendo en cuenta cada una de las actuaciones, pues, existen poderes radicados en el año 2004 y respecto de los cuales han transcurrido más de 3 años para que el abogado

accionante, reclamara los honorarios correspondientes; que, se ordenó el pago de $12.000.000 por concepto de arrendamiento de bodega, pero el demandante, no allegó al plenario las facturas respectivas, ni algún tipo de reporte o documento de demuestre que efectivamente se han causado esos cánones de arrendamiento; que, no resulta procedente la condena en costas, ya que, esa parte nunca ha manifestado su oposición al pago de los honorarios causados a favor del actor, siendo su única inconformidad el valor reclamado por aquel; que, se aplicó la tarifa de CONALBOS, sin hacer un análisis del dictamen pericial allegado.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, el demandado, solicitó revocar la sentencia recurrida y, fijar los honorarios reclamados por el demandante, de conformidad con el dictamen aportado, esto es, la suma de $45.027.890; reiterando los mismos argumentos de su apelación, en cuanto a la falta de prueba del contrato de prestación de servicios celebrado por las partes, la prescripción de los honorarios reclamados, si se tasan de manera individual, por cada actuación en la que el actor, prestó su acompañamiento al señor Lora Fernández, que datan desde el año 2004 y mal pueden reclamarse 12 años después; además de la falta de crédito dada al dictamen pericial allegado al Despacho de Primer Grado, elaborado por el mismo presidente de CONALBOS y que dista mucho de los cálculos realizados por el Juez de Instancia.

Por su parte, el demandante, dijo que no procede la excepción de prescripción en los términos alegados por la parte accionada, en su recurso, pues, dicho fenómeno sólo opera a partir de la última actualización realizada a favor del señor Lora Fernández, que fue la entrega del inmueble, de ahí que, a la fecha de presentación de la demanda, no habían transcurrido más de 3 años; que, el demandado, no puede desconocer los resultados favorables que por su gestión como profesional del Derecho, obtuvo a su favor; y, solicitó actualizar la sentencia de Primera Instancia, ordenando la indexación de las condenas impuestas, para que se refleje el valor real de los servicios laborales prestados por él.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, conforme a la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar, (i) si se causaron los honorarios profesionales

reclamados por el demandante, por su gestión como profesional del Derecho, para liberar de toda actuación y gravamen judicial el inmueble de propiedad del accionado; en caso afirmativo, (ii) si el valor de dichos honorarios, corresponden al tasado por el a-quo, o si por el contrario corresponden al fijad en el dictamen pericial practicado en el curso del proceso; iii) si alguno de los derechos reclamados se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción; iv) si se probó y procede el pago de $12.000.000 que el demandante, reclamó por arrendamiento de una bodega; y v) si se debe o no imponer condena en costas al demandado.

DEL CONTRATO DE MANDATO- PAGO DE HONORARIOS

Alega la parte demandada, en su recurso, que no se probó la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes, por lo que, sin desconocer las gestiones realizadas por el demandante, a su favor, los honorarios tasados por el a-quo, no se corresponde con la gestión del profesional del Derecho.

Al respecto, el numeral 6 del artículo 2 del CPTSS, asigna a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades, laboral y Seguridad Social, el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que las motive.

En tratándose propiamente del mandato, el artículo 2141 del CC, lo define como el contrato *"en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera..."*; el cual, puede ser de carácter gratuito o remunerado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2143 *ibidem*.

Por su parte, el artículo 2144 del mismo Código, asimila la gestión profesional al contrato de mandato, en los siguientes términos:

> *"Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"*

El artículo 2149 del CC, consagra que *"el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra"*, y el artículo 2150 estipula que, *"El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario..."*, la cual puede ser expresa o tácita, y que, una vez aceptado, no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.

Por consiguiente, para establecer la existencia del vínculo contractual alegado es menester que quien reclama su declaración demuestre a través de los medios probatorios a su alcance la presencia de los elementos referidos, esto es, el acuerdo de voluntades en relación con el servicio profesional requerido y la contraprestación o remuneración del servicio, también llamada para este tipo de contratos *"honorarios"*.

Pues bien, del abundante material probatorio allegado al proceso, advierte la Sala, que, el demandante, actuó como apoderado judicial del accionado, en las siguientes actuaciones:

1. Proceso Ejecutivo Hipotecario Radicado 1996-0412 de CONCASA – BANCAFE contra CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá; en el cual se libró orden de pago por auto del 18 de noviembre de 1996 (fl. 205 PDF) y se adicionó el mandamiento de pago el 02 de abril de 2004 (fl 287 PDF), el demandado, le otorgó poder al demandante, para que ejerciera su defensa el 20 de mayo de 2004 (fls. 13 y 67 PDF); el abogado accionante, se notificó personalmente el 27 de mayo de 2004 (fls. 68 y 290 PDF), por auto del 24 de octubre de 2005, se declaró la nulidad de todo lo actuado y se dio por terminado el proceso, ordenando el levantamiento de las medidas cautelares (fls. 294-298 PDF), decisión apelada por el Bancafé, el 8 de noviembre de 2005 (fls. 306-308 PDF); no obstante, esa entidad desistió del recurso (fl. 310 PDF) y el Juzgado, aceptó el mismo el 23 de enero de 2006 (fl.311 PDF); el aquí demandante, solicitó la elaboración de los oficios de desembargo, el 03 de febrero de 2006 (fl. 312 PDF); los cuales se libraron dejando a disposición del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, el inmueble embargado (fl. 315 PDF); el profesional del Derecho, solicitó la entrega del bien el 17 de marzo de 2006 (fl. 317 PDF), a lo que no accedió el Juez respectivo, por auto del 28 de julio de 2006, por cuanto pesaba un embargo de remanentes (fl. 318 PDF); siendo la última actuación del apoderado, una solicitud de copias auténticas, presentada el 19 de octubre de 2015 (fl. 323 PDF).

2. Proceso Ejecutivo Singular Radicado 1996-35597 del BANCO INDUSTRIAL COLOMBIANO contra CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ y otro, que cursó inicialmente en el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá y posteriormente fue enviado al Juzgado 02 de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá. En este proceso, el aquí accionante, solicitó su desarchive y terminación por pago total de la obligación (fl. 354 PDF), petición que no fue tenida en cuenta, comoquiera que el abogado Medina Heredia, no era parte dentro del proceso (fl. 355 PDF); el 28 de junio de 2013 le fue otorgado el poder por parte del demandado (fls. 14 y 356 PDF); reconociéndosele personería para actuar en nombre y representación de CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, por auto del 20 de noviembre de 2013 (fl. 359 PDF), proceso que finalizó, por pago total de la

obligación, el 01 de septiembre de 2014, por solicitud del Banco demandante (fls. 422-427 PDF); el 10 de octubre de 2014, el apoderado actor, solicitó la entrega del inmueble, pero la misma fue negada, por encontrarse pendiente la respuesta de la DIAN, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 630 del E.T. (fls. 430-432 PDF); el 01 de diciembre de 2014, nuevamente el Doctor Carlos Alberto Medina Heredia, solicitó requerir a la DIAN, para que contestara el oficio (fls. 434-436 PDF), finalmente allegadas todas las respuestas, por auto del 28 de enero de 2015, el Juzgado de Ejecución Civil, ordenó la cancelación de embargos y secuestros que pesaban sobre el inmueble ubicado en la calle 132 A No. 58 C -28 (fl 445 PDF) y el 09 de septiembre de 2016, se llevó a cabo la entrega del mismo, luego de tres intentos, siempre con la intervención del apoderado actor (fls. 26-34 PDF); el 14 de marzo de 2017, el señor CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, radicó memorial revocándole el poder a su abogado, entre otras, por no haber dado cumplimiento a la destrucción o devolución de los bienes muebles que quedaron bajo su custodia, luego de la diligencia de entrega del inmueble y por haber *"iniciado acciones judiciales en mi contra, por lo que he considerado que no existe la confianza, para que el doctor MEDINA HEREDIA, continue ejerciendo su labor de manera imparcial y diligente"* (fl. 35 PDF).

3. Proceso de Pertenencia por Prescripción Ordinaria Adquisitiva de Dominio radicado 2015-00242, que cursó en el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, de ROSAURA QUINTERO DE ROMERO y RODRIGO MEDINA QUINTERO contra CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ y personas indeterminadas, admitida por auto del 28 de abril de 2015 (fl. 874 PDF); el demandado se notificó personalmente, el 09 de junio de 2015 (fl. 877 PDF) y le confirió poder al Doctor Carlos Alberto Medina Heredia, el 23 de junio de 2015 (fl. 891 PDF), quien contestó la demanda el 24 de junio de 2015 (fls. 926-932 PDF); y le fue reconocida personería para actuar el 27 de julio de 2015 (fl. 933 PDF); el 24 de noviembre de 2015, se llevó a cabo diligencia de inspección judicial con la comparecencia del demandado y su apoderado (fls. 971-972 PDF); el 30 de noviembre de 2015, se agotó la audiencia de conciliación, saneamiento del proceso, fijación del litigio y decreto de pruebas, donde también hicieron presencia el señor Lora Fernández y su abogado (fls. 976-977 PDF), en audiencia pública del 10 de diciembre de 2015, se dictó sentencia negando las pretensiones reclamadas, se dispuso la cancelación de la medida cautelar que pesaba sobre el inmueble (fls. 979-980 PDF); sin embargo, esa decisión fue apelada por la parte actora y confirmada el 30 de marzo de 2016, por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, audiencia a la cual también asistió el abogado Medina Heredia (fls. 724-725 PDF).

4. Proceso de Pertenencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio, radicado 2016-00269, del Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, interpuesta por ROSAURA QUINTERO DE ROMERO contra CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ y personas indeterminadas; demanda admitida por auto del 01 de junio de 2016 (fl. 543 PDF), inscrita ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte, el 02 de agosto de 2016 (fl. 568 PDF); de la cual se notificó personalmente el señor Lora Fernández, el 29 de junio de 2016 (fl. 558 PDF); el 25 de julio de 2016, se radicó el poder conferido al abogado Medina Heredia, junto con el escrito de contestación de la demanda (fls. 578-638 PDF); por auto del 08 de agosto de 2016, se le reconoció personería al aquí accionante (fl. 639 PDF); el 14 de octubre de 2016, solicitó el apoderado, requerir a la allí demandante, para que allegara las notificaciones de los indeterminados, so pena de declarar el desistimiento tácito (fl. 648 PDF); el 26 de noviembre de 2016, el mismo abogado, informó al Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, que el señor Lora Fernández había quedado a cargo del inmueble (fl. 653 PDF); el 31 de enero de 2017, CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, allegó escrito revocándole el poder a su abogado, pues, *"sin previo aviso y sin que existiera un requerimiento en aras de pactar honorarios, ha iniciado acciones judiciales en mi contra tendientes a la constitución de contrato de prestación de servicios profesionales y regulación de honorarios (…) por lo que considero que no existe la confianza para que el doctor MEDINA HEREDIA continue ejerciendo su labor de manera imparcial y diligente"* (fl. 665 PDF); mediante auto del 24 de febrero de 2017, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, tuvo por revocado el poder del abogado Carlos Alberto Medina Heredia (fl. 671 PDF).

Adicionalmente, en representación del demandado, el actor, presentó demanda ejecutiva singular de menor cuantía, por obligación de hacer, en contra de REINTEGRA S.A.S y COVINOC, para que se diera por terminado el proceso ejecutivo singular que cursó en el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá (fls. 1204-1243 PDF) e interpuso acción de tutela contra Bancolombia, con el mismo objeto (fls. 1247-1263 PDF).

Igualmente, al plenario se allegó diligencia de interrogatorio de parte anticipado, convocada por el abogado demandante, donde el demandado CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, manifestó que, no celebró contrato de prestación de servicios con el actor; que, efectivamente le confirió poder para que lo representara en el proceso ejecutivo hipotecario que cursaba en su contra en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, pero que la defensa *"la realizó el Curador Ad- Litem que me asignó el Juzgado primero para este proceso, y el proceso culminó o le dio terminación la señora Juez, de oficio, tengo entendido que la Juez lo terminó de oficio (…) al parecer el doctor procedió con una conducta indiligente* (sic) *tras aceptar la gestión confiada y no llevar a cabo ninguna diligencia a lo largo del proceso judicial"*; y que, respecto de ese proceso no hubo un pago de honorarios, *"porque el*

doctor al ver que no hizo ninguna gestión, ni defensa apropiada dentro de ese proceso se abstuvo de pasarme o presentarme una cuenta de cobro, es tan cierta esta circunstancia, que los hechos que él relata acontecieron en el año 2005 y durante más de 5 o 6 años, mejor 7 años, el doctor no presentó cuenta de cobro, porque además no realizó ninguna gestión"; aceptó que también le otorgó poder para que actuara a su nombre ante el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, pero aclaró que *"todas las gestiones para lograr el acuerdo de pago las realicé de manera personal y directa, estas gestiones las realicé ante la entidad COVINOC, quien había adquirido la obligación mencionada por el doctor Medina a Bancolombia, dentro del proceso en mención, es tan cierta esta circunstancia que estoy mencionando ya que yo la realicé en agosto de 2012 y la entidad que tenía esos títulos me entregó un certificado de paz y salvo respecto a esta obligación en octubre de 2012. El doctor Medina dice que me representó y que esto me lo dieron gracias a su gestión pero no es cierto"*, que el abogado solicitó el desarchive del expediente, pero no le aceptaron esa petición porque no era parte y entonces, le pidió que le diera poder, para que pudiera iniciar una obligación de hacer y lograr la entrega del inmueble; reconoció que, estando en curso el proceso ejecutivo del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, el abogado realizó una acción de tutela y citó al Bancolombia a la Personería Distrital de Bogotá; al ser interrogado respecto al pago de los honorarios profesionales del abogado por dicho trámite, dijo que éste *"no me ha presentado una cuenta de cobro de manera formal, ni me ha dicho cual es el valor de sus honorarios, de manera objetiva, por las actuaciones realizadas dentro del proceso por él mencionado; segundo, al yo mencionarle, en algún momento, lo de sus honorarios profesionales, él me dijo o me dio a entender que cuando finalizara la gestión hacia una cuenta de cobro global, sin embargo, y al ver que no había tanta claridad en el asunto, yo le dije que debía existir un contrato de prestación de servicios profesionales, en el cual debían estar claras todas las condiciones y obligaciones de las partes y que él como profesional y abogado mío debía tener todos estos documentos en orden, a lo que el amablemente me contestó que existía un contrato"*, que, le pidió una copia del mismo, pero le dijo que *"había quedado con vacíos y/o errores"* y por eso no le entregó nada (fls. 40-42 PDF).

Lo anterior, fue ratificado por el demandado, al absolver interrogatorio de parte, en el proceso, donde indicó que, vendió el inmueble objeto de los procesos judiciales; que, le entregó al demandante, el borrador del contrato de compraventa, pero que no fue el firmado, porque él nunca le devolvió el documento con los ajustes; dijo que, no recuerda haber suscrito contrato alguno con el actor, para liberar el inmueble; que, en el año 2016, le solicitó al demandante, una copia del supuesto contrato, pero no se la quiso dar alegando que había quedado con vacíos; que, el abogado accionante, no le presentó una liquidación de sus honorarios, ni un informe de su gestión respecto a los procesos que realizó para liberar la casa de la calle 132 A; que, el abogado CARLOS ALBERTO MEDINA HEREDIA, sabía que él no es una persona insolvente, sin embargo, nunca le cobró, ni le pidió dinero por concepto de honorarios; que, ya en una oportunidad anterior también había

contratado los servicios del mismo apoderado para liberar otro inmueble, pero en aquella oportunidad le canceló los honorarios en la forma en que le fue solicitada; que, en la diligencia de entrega del inmueble, quedó acordado que el abogado era el responsable de la bodega para guardar los muebles que se encontraba dentro del casa, porque un amigo suyo tenía un espacio donde se podían guardar esos elementos, y como el abogado, era una persona de su confianza, no le vio ningún problema; que, él nunca se ha negado a pagar el canon de arrendamiento de la bodega, incluso le envió al demandante, una comunicación en mayo de 2017, solicitando que le indicara el valor de esos arriendos, porque el abogado presentó unos documentos en el Juzgado 2 de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá y ellos le contestaron que ya no se hacían responsables de esos elementos, pero el doctor Medina Herrera, nunca le contestó cuánto se le adeudaba por ese concepto; que, no recuerda cuántas diligencias de entrega del inmueble se hicieron, cree que 3, pero siempre acompañó al abogado, le brindó el transporte y lo correspondiente para gastos de fotocopias; que, desde hace dos años le ha pedido al abogado un informe de su gestión, pues desconoce cuáles fueron los trámites que adelantó en cada proceso.

Por su parte, el demandante, refirió que, suscribió un contrato de prestación de servicios con el demandado, para liberar de todos los embargos y gravámenes que pesaban sobre el inmueble ubicado en la calle 132 A No. 58 C – 25, pero simultáneamente ya se encontraba tramitando la liberación de otro inmueble, de un ejecutivo hipotecario por cuestiones del UPAC, entonces, como los dos procesos se estaban tramitando casi que al mismo tiempo, el señor LORA FERNÁNDEZ, le dijo que estaba corto de dinero y por el segundo proceso no le podía abonar nada, que, cuando salieran los resultados, se dividirían las ganancias; que, hicieron un contrato que autenticaron en la Notaria 12, pero que, el documento está refundido; que, todas sus actuaciones quedaron registradas y se trató de una cadena de procesos para liberar el inmueble de la calle 132 A; que, nunca le pidió dinero al demandado, porque ya sabía que una vez liberara el inmueble, recibiría el pago de sus honorarios, correspondientes al 50% del valor de su venta, porque en esa época era costumbre que cuando los abogados no pedían un adelanto y, asumían los riesgos del proceso podían reclamar ese porcentaje; que, además *"eran procesos ordinarios"*, sin ninguna garantía para poder fijar un porcentaje bajo; que, el proceso del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, de BANCAFE, no lo tocó porque estaba próximo a prescribir y la juez accedió a lo solicitado por el curador ad litem, que había designado para representar al demandado; que, realizó actuaciones en el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, en un ejecutivo singular, lo desarchivaron y solicitó la prescripción, no se la concedieron, así que presentó una acción de tutela que fue negada, interpuso un ejecutivo por obligación de hacer, que tampoco prosperó, por lo que, habló con el demandado y decidieron que lo mejor era pagar esa obligación, fueron juntos a Bancolombia, donde les dijeron que la cartera había pasado a Covinoc, se dirigieron a las oficinas de la Entidad e hicieron un arreglo de pago, les dieron un recibo, el accionado pagó y presentaron ese documento en el

Juzgado, que negó nuevamente la terminación del proceso, hasta que finalmente con la intervención de la apoderada del Banco, se logró que ese Despacho, diera por finalizada la ejecución; que, en la primera diligencia para la entrega del inmueble, las personas que habían dejado como secuestres, presentaron oposición y en un segundo o tercero intento de entrega, informaron de la radicación de una demanda de pertenencia; que, finalizado el ejecutivo singular del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá y luego de cuatro diligencias, finalmente se logró la entrega de la casa, y él quedó a cargo de los muebles y enseres, porque los iba a dejar en la bodega de un amigo suyo; que, adicionalmente, representó al señor Carlos Lora, en el proceso de pertenencia ante el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, en el cual obtuvo sentencia a su favor, y también en la pertenencia adelantada ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, donde, se recogieron las pruebas nuevamente, se contestó la demanda y propuso excepciones; que, ahí ya vino la discusión con el accionado, porque él ya tenía el inmueble y estaba realizando la venta, pero nunca se acercó para hablar del pago de sus honorarios, incluso le pidió que le revisara el contrato de compraventa del inmueble, pero no hablaron de dinero, entonces que, lo llamó a un interrogatorio de parte anticipado, y como respuesta el demandado, le revocó el poder en todos los despachos judiciales, y aunque ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, nombró un nuevo apoderado, ese proceso terminó por un desistimiento tácito, que él había presentado; que, no requirió al demandado, para que le pagara sus honorarios, porque el acuerdo era levantar todos los procesos, comercializarlo para que él le hiciera el pago, *"el acuerdo era llevar toda esa cadena de procesos, el objeto no era un proceso, sino la liberación del inmueble"*.

También declararon en el proceso los señores JAIRO BONILLA JIMÉNEZ, BELISARIO SABOGAL y JOSÉ RICARDO GARNICA ROJAS, quienes no aportaron mayor información, pues, ninguno estuvo presente en el momento en que el demandado contrató al abogado CARLOS ALBERTO MEDINA HEREDIA, para que ejerciera su representación judicial, en los distintos procesos, tantas veces citados, limitándose a distinguir a las partes en litigio, por haber participado en las diligencias de entrega del inmueble o haber intentado la compraventa del mismo.

También se practicó dictamen pericial ordenado de oficio por el a-quo, en el cual se tasaron como honorarios profesionales por la gestión del demandante, la suma de $164.850.000 correspondiente a 223 salarios mininos legales mensuales vigentes (Archivo 03 expediente digital); no obstante, el mismo fue objetado por el demandado, quien para controvertirlo, presentó dictamen de CONALBOS, donde se determinaron como honorarios para el actor, la suma de $45.027.890 (Archivo 09 expediente digital); ambos auxiliares de la Justicia, fueron citados al proceso y, en audiencia de trámite, explicaron la metodología empleada en cada peritaje (archivo 13 expediente digital).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, plenamente demostrada la prestación de los servicios profesionales del demandante, como abogado judicial del señor Carlos Fernando Lora Fernández, desde el 20 de mayo de 2004, al haberle conferido poder para que lo representara en el ejecutivo hipotecario con radicado 1996-0412, que cursaba en su contra en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, acción judicial respecto de la cual no demostró el demandado, haber revocado dicho mandato y donde la último actuación del actor, data del 19 de octubre de 2015, cuando solicitó copias auténticas (fl. 323 PDF); y hasta el 14 de marzo de 2017, cuando le revocó el poder otorgado para asumir su defensa en el ejecutivo singular que se adelantó inicialmente en el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá y posteriormente paso al Juzgado Segundo de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá (fl. 35); sin que, contrario a lo señalado por la parte demandada, se requiera de prueba escrita de dicho acuerdo, para considerar que entre las partes, existió un único mandato, cuyo objeto era la liberación del inmueble de propiedad del señor Lora Fernández, ubicado en la Calle 132 A 58 C -28 de Bogotá, de todos los gravámenes que pesaban sobre mismo, independientemente de las acciones judiciales adelantadas en su contra, que, no fueron trámites aislados e independientes el uno del otro, pues, aún cuando se presentó una interrupción en la gestión del abogado, entre la terminación y orden de levantamiento de las medidas cautelares en el ejecutivo hipotecario del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá (fl.313 PDF) y el auto de reconocimiento de personería para actuar en el ejecutivo singular del Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, (folio 359 PDF); lo cierto es que, el accionado, decidió que el actor, lo representara en todas las actuaciones judiciales donde se perseguía la casa, ratificó en 4 oportunidades el poder y le confió el trámite y defensa de sus intereses, hasta que cumpliera con el mandato encomendado de sanear la propiedad.

Ahora, aunque no desconoce la Sala, la actitud pasiva tanto del demandante, como del demandado, respecto al valor y forma en que le serian reconocidos los honorarios al profesional del Derecho; ello no es óbice para desconocer su gestión, la cual además arrojó un resultado favorable para el señor CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ; así las cosas, atendiendo la duración, naturaleza, complejidad y actuaciones desplegadas en cada uno de los procesos en los cuales el abogado CARLOS ALBERTO MEDINA HEREDIA representó al demandado, resulta acertada la decisión del a-quo, al tasar como honorarios profesionales a su favor la suma equivalente a 115 salarios mínimos legales mensuales vigentes, comoquiera que, no se logró demostrar por la parte actora, el supuesto acuerdo para recibir el 50% del valor de la venta del inmueble como pago de su gestión; además, los peritajes practicados dentro del proceso no obligan al Juez, quien como director y conocedor del mismo puede regularlos a su arbitrio.

De otra parte, no se accederá a la solicitud de indexación o actualización de la condena, que hiciera el demandante, en los alegatos de conclusión presentados en esta Instancia, comoquiera que, la misma no fue una pretensión de la demanda, ni se discutió en el curso del proceso; además,

claramente el a-quo, señaló que los honorarios fijados, serian liquidados conforme al valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de pago, por lo que, no se advierte pérdida del poder adquisitivo, que afecte los derechos del actor.

DE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

Pese a que la parte demandada, refiere en su recurso, que al analizar las actuaciones en que intervino el demandante, pudo operar el fenómeno de la prescripción, pues, el primer poder conferido a él, data del 20 de mayo de 2004; para la Sala, se reitera, el mandato otorgado al profesional del Derecho, fue uno solo, la liberación del inmueble de cualquier embargo o gravamen, lo que ocurrió con la entrega de la casa al señor Lora Fernández, el 09 de septiembre de 2016; además, el demandado, presentó la última revocatoria a los poderes conferidos al demandante, el 14 de marzo de 2017, ante el Juzgado Segundo de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá (fl. 35 PDF), momento a partir del cual comenzó a correr el término previsto en el artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST, para que el demandante, interpusiera la presente acción, que conforme al acta de reparto visible a folio 1264 del plenario, radicó el 13 de septiembre de 2018, es decir, oportunamente.

DE LOS VALORES CANCELADOS POR ARRENDAMIENTO DE BODEGA

Otra de las inconformidades del demandado, es la condena impuesta por la suma de $12.000.000 por concepto de cánones de arrendamiento de la bodega, donde el actor, depositó los muebles y enseres que se encontraban en el inmueble del señor Carlos Fernando Lora Fernández, luego de la diligencia de entrega, celebrada el 09 de septiembre de 2016.

Al respecto, advierte la Sala, que dicha controversia no es de resorte la Jurisdicción Ordinaria Laboral, pues, su competencia, conforme al numeral 6 del artículo 2 del CPTSS, modificado por el 2 de la Ley 712 de 2001, se limita en esta materia, a *"Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive"*; no así, en discusiones de carácter civil, relacionadas con el pago o no de unos cánones de arrendamiento, máxime cuando ni siquiera se encuentra probado dentro del plenario el pago de los mismos por parte del actor; razón por la cual, se revocará el ordinal tercero de la sentencia apelada, para en su lugar absolver al demandado de dicha pretensión.

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, respecto a la condena en costas de Primera Instancia, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo

dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *"solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas"*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Sin costas en esta Instancia al haber prosperado parcialmente los argumentos del demandado. Se confirman las de Primer Grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar, ABSOLVER al demandado CARLOS FERNANDO LORA FERNÁNDEZ, del pago de los cánones de arrendamiento de bodega reclamados por el demandante, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a las consideraciones expuestas en esta decisión.

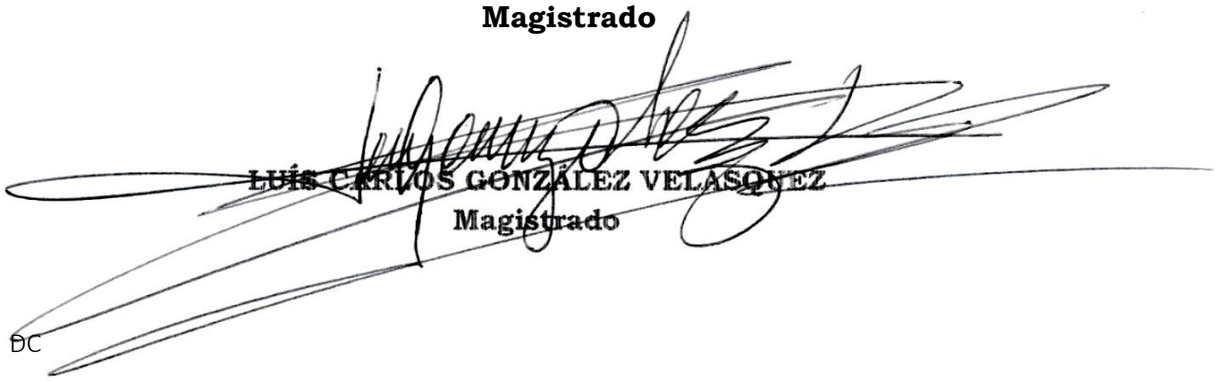
TERCERO: Sin **COSTAS** en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520190059601

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de Prestación de Servicios Profesionales – Pago de Honorarios Contador.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida el 04 de agosto de 2020, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ LEONARDO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ** en contra de **CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA**.

ANTECEDENTES

JOSÉ LEONARDO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA, para que, se declare que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios verbal, cuyo objeto consistió en tramitar la devolución del saldo a favor de la demandada, que poseía la DIAN, por declaración de renta del año 2016, pactando como honorarios el 20% de los dineros reintegrados, trámite que demoró de enero a septiembre de 2018 y fue resuelto a su favor, negándose a cancelar los honorarios pactados; y, en consecuencia, que se condene a la sociedad comercial demandada, al pago del 20% del valor reintegrado por la DIAN a favor de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LIMITADA, junto con los intereses, desde el día en que se efectuó la devolución de los saldos y hasta el día de su pago; además de las costas, gastos y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 01 de junio de 2016, celebró contrato de trabajo a término indefinido, con

la Sociedad comercial demandada, para desempeñar el cargo de contador; que, el 09 de septiembre de 2016, falleció el señor Hernán Gutiérrez Sánchez, propietario de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LIMITADA, por lo que, sus herederos, cedieron y transfirieron a nombre de Fernando Corredor Sánchez, las cuotas de esa Sociedad, razón por la cual éste suscribió con él, contrato verbal de prestación de servicios, con el objeto de tramitar ante la DIAN, la devolución del saldo de la declaración de renta del año 2016.

Indicó que, pactó con la demandada, como honorarios profesionales, el 20% del valor final de los dineros que la DIAN, le reintegrara, estipulando para el trámite un término aproximado de 8 meses; que, el 31 de diciembre de 2017, finalizó su contrato de trabajo y, en enero de 2018, inició la solicitud de devolución del saldo de la declaración de renta, el cual fue resuelto a favor de la demandada, en septiembre de 2018, por lo que, solicitó el pago de sus honorarios, el cual fue negado argumentando que no le adeudaban dinero alguno (fls. 3-8 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LIMITADA**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría dijo no ser ciertos, salvo los relacionados con el contrato de trabajo a término indefinido que ató a las partes; aclaró que, el trámite adelantado en la DIAN, se realizó por intermedio del contador Carlos Armando Martínez Vásquez, y no del demandante, quien además les aseguró que dicha gestión no demoraba más de 4 meses; no obstante, la DIAN, rechazó en cuatro oportunidades la solicitud, por lo que, a mediados de 2018, se le informó al actor y al señor Martínez Vásquez, que la Empresa, desistía de sus servicios para que continuaran adelantando la reclamación; que, la Sociedad, en el mes de julio de 2018, pactó con el señor Carlos Armando Martínez Vásquez, unos nuevos trámites y, en noviembre de 2018 éste obtuvo el reintegro de dineros por parte de la DIAN, cancelándosele la suma de $55.000.000, como se había pactado con él, sin que el señor Gutiérrez Sánchez, participara en el trámite de devolución de dineros por parte de la DIAN. Propuso las excepciones de pago de los derechos reclamados a la persona realmente contratada, falta de título y de causa en el demandante, prescripción, cualquier otra que resulte probada en el proceso y que pueda ser declarada de oficio (fls. 58-62 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de agosto de 2020, el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de inexistencia de la

obligación; absolvió a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes en litigio fue verbal y las condiciones del mismo se pactaron en igual forma, sin que, le asista razón al a-quo, en que la supuesta mala gestión del actor o las devoluciones de las peticiones presentadas ante la DIAN, hayan sido pactadas como causal de terminación del mandato; que, el Juez de Primer Grado, se equivocó al solicitar pruebas documentales firmadas por el demandante, para acreditar su gestión ante la DIAN, cuando, insiste, su contrato de prestación de servicios profesionales, fue celebrado de manera verbal; que, se pasó por alto lo declarado por el señor Carlos Armando Martínez Vásquez, quien informó que el actor, lo llevó al negocio, lo que demuestra que el acuerdo para reclamar los dineros ante la DIAN, se celebró entre la accionada y José Leonardo Gutiérrez Sánchez, siendo la aparición del contador Martínez Vásquez, posterior al contrato de prestación de servicios del demandante; que, el representante legal de la demandada, al absolver interrogatorio de parte, indicó que no se pactó ningún término para adelantar la devolución de los dineros, por lo tanto, el mandato no estaba sujeto a ningún plazo para las devoluciones hechas por la DIAN, máxime cuando se cumplió con el objeto del contrato; dijo, que hubo una indebida valoración probatoria, especialmente de las declaraciones de los testigos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, el demandante, solicitó examinar nuevamente los hechos y las pretensiones de la demanda, confrontados con la contestación, las excepciones formuladas y las pruebas practicadas en legal forma dentro del proceso, lo que considera, conduce a la conclusión de que efectivamente tiene derecho a que se le reconozca y pague el dinero equivalente al 20% del valor recibido por la demandada, de la DIAN, por concepto de una de devolución de impuestos; porcentaje que fue previamente establecido de manera personal, entre las partes, en compañía de CARLOS ARMANDO MARTÍNEZ quienes efectivamente al conseguir el objeto o la satisfacción del objeto contratado ahora pretenden desconocer el pago de los honorarios causados.

Por su parte, la demandada, pide confirmar la sentencia apelada, al considerar que la decisión del Juez de Primera Instancia, se encuentra ajustada a Derecho, de acuerdo con las pruebas decretadas, practicadas y allegadas oportunamente al proceso, de las cuales al efectuar un examen en conjunto llevaron al a-quo, a la convicción plena que las peticiones que

reclama el actor, no tienen vocación de prosperidad, dado que la parte actora, no presentó prueba alguna que pudiere darle soporte a lo pretendido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, conforme a la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar, si se causaron los honorarios profesionales reclamados por José Leonardo Gutiérrez Sánchez, quien como contador de la demandada, dijo haber realizado un trámite ante la DIAN, para obtener el reconocimiento y pago del 20% de la devolución de impuestos efectuado por esa Entidad, a favor de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA, o si por el contrario, resulta acertada la decisión del a-quo, quien determinó que el actor, no cumplió con la carga probatoria de demostrar su gestión en dicho trámite, razón por la cual negó el pago de los honorarios reclamados.

DEL CONTRATO VERBAL DE PRESTACIONES DE SERVICIOS - PAGO DE HONORARIOS

Solicita la parte demandante, que se revoque la decisión de Primera Instancia, y se ordene el pago de los honorarios reclamados, pues, quedó demostrada su gestión como contador al servicio de la demandada, mediante contrato verbal de prestación de servicios profesionales, para obtener la devolución de unos dineros por parte de la DIAN, objetivo que cumplió, pese a que las solicitudes fueron inadmitidas en varias oportunidades, y el trámite lo adelantó con la colaboración de otro contador.

Al respecto, el numeral 6 del artículo 2 del CPTSS, asigna a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades, laboral y Seguridad Social, el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que las motive.

En tratándose propiamente del mandato, el artículo 2141 del CC, lo define como el contrato *"en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera..."*; el cual, puede ser de carácter gratuito o remunerado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2143 *ibidem*.

Por su parte, el artículo 2144 del mismo Código, asimila la gestión profesional al contrato de mandato, en los siguientes términos:

> *"Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"*

El artículo 2149 del CC, consagra que *"el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra"*, y el artículo 2150 estipula que, *"El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario..."*, la cual puede ser expresa o tácita, y que, una vez aceptado, no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.

Por consiguiente, para establecer la existencia del vínculo contractual alegado es menester que quien reclama su declaración demuestre a través de los medios probatorios a su alcance la presencia de los elementos referidos, esto es, el acuerdo de voluntades en relación con el servicio profesional requerido y la contraprestación o remuneración del servicio, también llamada para este tipo de contratos *"honorarios"*.

Al plenario se allegaron como pruebas, el contrato de compra de cuotas de la Sociedad demandada, de donde se extrae que el señor FERNANDO CORREDOR SÁNCHEZ, es el administrador y representante legal de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA (fls. 14-22 PDF); conciliación contable de la demandada, correspondiente al año 2016, sin firma o nombre de quién la elaboró (fls. 23-26 PDF); declaración de renta de la demandada, del año 2016 (fl. 27 PDF); derecho de petición presentado por el actor, ante la DIAN, el 01 de septiembre de 2019, solicitando certificación del valor exacto y la fecha en que se efectuó el reintegro de los saldos a favor por la declaración de renta del año 2016, a la demandada, con la correspondiente respuesta negativa de esa Entidad (fls. 28-31 PDF); autos del 06 de febrero, 06 de abril, 03 de mayo y 14 de junio de 2018, por medio de los cuales la DIAN, inadmitió las solicitudes de devolución y/o compensación del saldo a favor originado en el impuesto sobre Renta del año gravable 2016, presentadas por CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LIMITADA, a través de su representante legal (fls. 61-70 PDF).

Igualmente, obran en el expediente, acta de visita al contribuyente efectuada por la DIAN a la empresa demandada, el 24 de septiembre de 2018, firmada por el gerente de la Sociedad y el señor Carlos A. Martínez, como contador de la misma (fls. 71-73 PDF); resolución de devolución y/o compensación 62829000013384 del 16 de octubre de 2018, por medio de la cual se ordenó la devolución a la demandada, de $614.313.000 (fls. 74-75 PDF); factura expedida por CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA, de fecha 05 de noviembre de 2018, expedida a favor de Carlos Armando Martínez Vásquez, por concepto de *"SERVICIOS PROFESIONALES DE AUDITORÍA EFECTUADOS A LOS ESTADOS FINANCIEROS DESDE EL AÑO 2.009 HASTA*

EL AÑO 2016 PREPARADOS PARA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL SALDO A FAVOR", por la suma de $55.000.000 (fl. 76 PDF); comprobante de egreso y cuenta de cobro del señor Carlos Martínez (fls. 77-78 PDF).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada, informó que, conoció al demandante, quien ha sido contador en algunas de sus empresas, además fue contratado verbalmente a mediados de enero de 2018, cuando junto al señor Carlos Martínez, le propusieron solicitar la devolución de impuestos de CORREDOR HERMANOS, ante la DIAN; que, inicialmente el arreglo fue pagarles el 20% sobre el valor que devolviera la DIAN, con plazo hasta el 31 de mayo de 2018; que, se presentaron las pruebas ante la DIAN, cuatro veces y siempre fueron devueltas, sin que, en ninguno de los casos, el demandante, asistiera a la Empresa, para asesorar a Carlos Martínez, quien fue el que realizó el trámite y radicó los documentos; que, a raíz de las devoluciones y necesitad que tenía la Empresa, de recuperar el dinero, él como representante legal de la demandada, habló con Carlos Martínez y le dijo que está ahí llegaba el contrato de la devolución de impuestos, que se aburrió, entonces llamó en junio de 2018, al demandante, le dijo que no continuaba más el contrato, que eso era una *"mamadera de gallo y usted no ha hecho nada para la devolución de esto"*; que, el actor, no le indicó cuánto tiempo requería para obtener la devolución, ni el término que llevaría el trámite ante la DIAN, pero el plazo inicialmente pactado fue hasta el 31 de mayo de 2018; que, el actor, no hizo ningún trámite ante la DIAN, pues, las inadmisiones que hizo la DIAN, fueron por reclamaciones presentadas por Carlos Martínez, él iba a la oficina y presentaba la declaración por la página de la DIAN, sin que en los 4 o 5 meses en que se encontraba vigente ese contrato verbal, José Leonardo Gutiérrez Sánchez, se presentara en la Empresa; que, cuando celebraron el contrato verbal de prestación de servicios, no se pactó que exclusivamente el demandante, sería quien adelantara las gestiones ante la DIAN, sin embargo, si ante la primera inadmisión se advirtió que había algo mal el señor José Leonardo, debió presentarse en la Compañía y prestar su colaboración, pero según dice el declarante, el actor, ni siquiera se enteró de las inadmisiones de la DIAN, nunca estuvo presente en la empresa; que, la devolución de la DIAN tardó 9 meses aproximadamente; que, hizo un nuevo contrato con el señor Carlos Martínez, a partir del mes de julio de 2018, que era la única persona que estaba poniendo la cara ante la DIAN, recogía los papeles, iba a la Empresa, se presentaba en la DIAN, le ayudaba a hacer cartas, reiterando que el actor, nunca apareció, ni participó en ningún trámite.

También declararon en el proceso, el señor CARLOS ARMANDO MARTÍNEZ VÁSQUEZ, quien indicó que trabajó para la demandada, durante aproximadamente 20 o 22 años; que, el demandante, no recuerda en qué año, pero si fue en un mes de enero, lo llevó como socio para pedir ante la DIAN, la devolución de los saldos a favor de la demandada, por el impuesto a la Renta, pactando como honorarios el 20% de los dineros que devolviera la DIAN, trámite que acordaron se haría en 5 meses, es decir, que se hacia

la solicitud y se esperaba que a 31 de mayo ya se hubiera resuelto la petición; que, ese plazo fue impuesto por la Empresa accionada; que, el actor, fue quien negoció las condiciones del contrato, pero fue él quien trabajó; que, desafortunadamente la DIAN hizo varias inadmisiones al trámite; que, después de un tiempo Fernando Corredor, el gerente de la demandada, los llamó y les dijo que como no había salido nada en la DIAN, se cancelaba el contrato; que, el demandante, no hizo ningún trabajo, porque era él, quien entendía el tema de las devoluciones, hizo las peticiones y las presentó ante la DIAN, limitándose el actor, a proponer el negocio, porque acababa de renunciar en la Empresa; advirtió el testigo que, el acuerdo con el señor José Leonardo Gutiérrez Sánchez, *"era miti y miti, yo trabajaba, solicitaba eso, nos pagaban y repartíamos, ese fue el negocio que se hizo, pero desafortunadamente la DIAN nos inadmitió las solicitudes y no se pudo llevar a cabo"*; que, después de 2 meses de haber terminado el contrato con la demandada, se encontró por casualidad con el gerente de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA y le preguntó cómo iba con el trámite de la devolución ante la DIAN y éste le comentó que ese trámite se lo iba a dejar al señor Alirio, el contador de la Empresa, entonces el testigo le pidió que se lo dejara gestionar a él, que le diera 2 o 3 meses, a lo que el señor Fernando Corredor, le contestó que lo iba a pensar y, como a la semana siguiente lo llamó y citó en la Empresa, hablaron y pactaron un pago del 10%, *"si salía bien y sino también"*, pero, en ese segundo contrato, no recibió ninguna ayuda del demandante, solo necesitó el balance del año contable 2016 y como no apareció en la empresa, se requirió a José Leonardo, para que lo llevara, pero *"ayuda de él, no, porque yo era el que sabía y entendía de esas cuestiones"*; que, el testigo estuvo presente con el actor, tanto en la celebración del primer contrato verbal con la demandada, como en su cancelación.

SONIA JUDITH GÓMEZ BUITRAGO, quien trabajó para la demandada, dijo que supo de la negociación entre José Leonardo Gutiérrez Sánchez y CORREDOR HERMANOS, para adelantar un trámite de devolución ante la DIAN, porque para ese entonces, ella era la encargada del área administrativa y recibía las comunicaciones de la DIAN, donde se informaba que no se había admitido algo que habían radicado allá, entonces sabía que estaban en ese proceso; que, inicialmente se hizo una negociación entre Fernando Corredor, Leonardo Gutiérrez y Carlos Martínez y luego, Fernando Corredor llamó telefónicamente al demandante y le dijo que ya no iba a continuar con lo de la DIAN, ella escuchó esa llamada, porque su oficina queda al lado, iba con unos papeles y Fernando Corredor, le dijo que esperara un momento, porque estaba hablando con el actor; que, la DIAN, finalmente sí hizo la devolución de impuestos a la Empresa, pero por gestión que realizó el señor Carlos Martínez, a finales del año 2018, a quien ella le ayudó entregándole información y documentos para ese trámite, mientras que nunca tuvo ningún contacto con José Leonardo Gutiérrez Sánchez, para esa misma gestión.

JOSÉ REYES PIRACOCA HERRERA, que, es amigo del demandante, desde hace más de 18 años y conoce a la demandada, a través de José Leonardo Gutiérrez Sánchez, porque le estuvo colaborando aproximadamente 2 años en un tema de contabilidad de la Empresa; que, fue testigo de la conversación que sostuvo el actor, con el gerente de CORREDOR HERMANOS, a finales del año 2017, donde él, le propuso solicitar una devolución de impuestos ante la DIAN, conversaron 5 o 10 minutos, hablaron de un 20% de honorarios, sobre el valor de la devolución y que, José Leonardo, contrataría a una persona que también fue contador que trabajó con esa Empresa, en años anteriores; que, hablaron de un tiempo de 8 o 9 meses en los cuales la DIAN se podría demorar en resolver la petición; que, la reunión se celebró en la anterior oficina de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA, en la calle 59, entre carreras 7 y 9; que, el demandante, le comentó al testigo en reiteradas oportunidades que ya se encontraba trabajando con Carlos Martínez, en el tema de la devolución ante la DIAN, que estaba recolectando la información, labor que comenzaron a partir de enero de 2018, cuando el testigo, ya no trabajaba con el actor.

Teniendo en cuenta las pruebas antes señaladas, se encuentra efectivamente demostrado, que, entre el demandante y la demandada CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA, se celebró contrato verbal de prestación de servicios, para la recuperación de los saldos a favor de la Empresa, correspondientes al impuesto de renta del año 2016, ante la DIAN, pactando como remuneración para el actor y su colaborador, el contador Carlos Armando Martínez Vásquez, el 20% de las sumas de dinero recuperadas; labor que debían culminar el 31 de mayo de 2018; igualmente, se advierte que, a más de intervenir en la negociación, de dicho contrato, el actor, no realizó ninguna gestión ante la accionada, ni ante la DIAN, para cumplir el mandato encomendado, siendo el señor Martínez Vásquez, quien recolectó la información, elaboró las distintas peticiones y las presentó ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; y aunque al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada, reconoció que nunca se acordó la exclusividad del actor, en dicha gestión ante la DIAN, lo cierto es que, éste, directamente, no prestó ningún servicio a la demandada, y menos aún, cumplió con el objeto del contrato, pues, vencido el término acordado entre las partes, esto es, 31 de mayo de 2018, la DIAN, no había decidido nada acerca de la devolución de los saldos generados en la declaración de impuestos sobre la renta de CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA, habiendo emitido únicamente autos inadmisorios (fls. 63-70 PDF), que en nada resolvieron de fondo la petición, lo que, contrario a lo señalado por el recurrente, habilitaba a la demandada, para finalizar el mandato, por la expiración del término, como se advierte en el numeral 2 del artículo 2189 del C.C.

Ahora, el hecho de que posteriormente, en el mes de julio de 2018, el representante legal de la demandada y el señor Carlos Armando Martínez Vásquez, hayan celebrado otro acuerdo, para que, éste último intentara

nuevamente solicitar ante la DIAN, los saldos a favor del impuesto sobre la renta del año 2016, y que, en aquella oportunidad finalmente si se haya resuelto y reconocido a favor de la accionada, tal devolución, no tuvo ninguna relación con el contrato celebrado inicialmente con el demandante, ni logró éste demostrar, estando en la obligación de hacerlo, que participó o intervino de alguna manera en la devolución de dichos dineros; de ahí que, mal puede ahora reclamar unos honorarios, respecto a dineros que no fueron recuperados gracias a su gestión y menos aún alegar su participación en el primer intento de recuperación de esos valores, cuando su actividad fue completamente nula, además de haber acordado un porcentaje del 20% de honorarios, sobre los saldos restituidos, que se reitera, no se obtuvieron a 31 de mayo de 2018, fecha límite pactada entre demandante y demandado para haber culminado esa gestión ante la DIAN.

Así las cosas, ante el incumplimiento del actor, respecto al mandato otorgado, y no haber demostrado su gestión en la devolución de los dineros de impuesto a la renta de la demandada, resulta acertada la decisión absolutoria del Juez de Primera Instancia, lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo del demandante, comoquiera que, no se aceptaron los argumentos expuestos en su recurso de apelación. Se confirman las de Primer Grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de agosto de 2020, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **JOSÉ LEONARDO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ** en contra de **CORREDOR HERMANOS Y ASOCIADOS LTDA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del actor y a favor de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220065 8-01

SUMARIO ADELANTADO POR AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1 CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. Y MEDIMAS EPS S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de septiembre de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por la **AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.**

ANTECEDENTES

La AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A., procedan al reconocimiento y desembolso de las prestaciones económicas por incapacidad y licencia de maternidad, otorgadas a su trabajadora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, y que, ascienden a la suma de $3.265.375; junto con los intereses moratorios, establecidos para los tributos administrativos por la DIAN, según lo definido en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, desde el 20 de julio de 2018, hasta su pago efectivo.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, suscribió contrato laboral con la señora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, el 28 de julio de 2014, cancelándole debidamente, desde la firma del contrato, los aportes a salud, a través de CAFESALUD EPS; que, la trabajadora, solicitó la licencia de maternidad No. 2659736, por 98 días, del 16 de mayo al 21 de agosto de 2015; que, la Empresa, realizó el cobro de la prestación económica ante la EPS accionada, pero sólo le fueron cancelados 75 días, quedando pendiente el pago de los 23 días restantes, que ha reclamado, sin obtener respuesta alguna.

Indicó que, la señora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, presentó 4 incapacidades por enfermedad general, del 23 al 26 de abril, del 07 al 09 de julio, del 27 de agosto al 02 de septiembre, del 05 al 07 de septiembre de 2016, y, otra licencia de maternidad, del 27 de noviembre de 2016 al 04 de marzo de 2017, cuyo pago reclamó a la demandada, sin que haya efectuado el pago correspondiente (fls. 1-2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron oportunamente contestación a la demanda, en los siguientes términos:

CAFESALUD EPS S.A., se opuso a la pretensión, por improcedente, ya que la licencia de maternidad se encuentra parcialmente cancelada y las incapacidades deprecadas están en estado reconocido y liquidado, adeudándole a la accionante, $650.881, para lo cual debe la Empresa, presentarse ante la liquidación de la EPS, ya que, cualquier pago a los acreedores debe realizarse en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio llevando a cabo un estudio frente a su eventual reconocimiento. Formuló las excepciones de prestaciones económicas reconocidas, liquidadas y pagadas parcialmente por CAFESALUD EPS, intervención forzosa para liquidar a CAFESALUD EPS y la genérica (CD fl. 48).

MEDIMAS EPS S.A.S., se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando no constarle ninguno de los hechos, pues, el incumplimiento que motiva la acción, por el no pago de la licencia de maternidad reclamada, se causó en vigencia de CAFESALUD EPS, como asegurador de la trabajadora JEIMMY KATHERINE GALEANO PIÑEROS, razón por la cual, no está legalmente obligada a reconocer, ni pagar, ninguna obligación causada cuando no había iniciado sus operaciones, ni hace parte las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva (CD fl. 48).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, cancelarle a la actora la suma de $3.690.034, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, ante la falta de soportes que demostraran los pagos alegados; junto con los intereses moratorios a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados

por la DIAN, desde el 08 de octubre de 2018 hasta que se haga efectivo el pago de la prestación económica decretada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada CAFESALUD ESP S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia y se absuelva de las pretensiones, insistiendo en que, la licencia de maternidad se canceló de manera parcial y respecto al valor faltante, la demandante, debe hacerse parte en el proceso liquidatorio para su eventual reconocimiento; que, no procede el pago de intereses moratorios, al configurarse una fuerza mayor, como lo fue el proceso de liquidación de la Entidad, que impidió realizar el pago completo de las prestaciones económicas reclamadas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si CAFESALUD EPS S.A., cumplió o no con el pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad, reclamadas por la parte actora.

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, norma vigente para la fecha de los presente hechos, le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

De otra parte, el pago de la licencia de maternidad se encuentra contemplada en el artículo 236 del CST y, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite para su reconocimiento y pago se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador, quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado.

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

> *"…el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.*
>
> *Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.*
>
> *6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral*
>
> *En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o*

enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

(…)

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

…en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (…), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes…"

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del CST, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al auxilio monetario, hasta por 180 días así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si este fuere menor. No obstante, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

De acuerdo a lo establecido en inciso segundo y siguientes del artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, el pago de las prestaciones económicas por incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

> *"… será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.*
>
> *En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.*
>
> *PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002…"*

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1281 de 2002, señala que:

> *"El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."*

DEL PROCESO DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA LA LIQUIDACIÓN DE CAFESALUD EPS

El 5 de julio del 2017, CAFESALUD EPS S.A, presentó ante la Superintendencia Nacional de Salud solicitud de Reorganización Institucional, el cual fue aprobado mediante la Resolución No. 2426 del 2017 ordenando la cesión de los activos, pasivos, contratos asociados a la prestación de servicios de salud y la habilitación del régimen contributivo y subsidiado a MEDIMAS EPS. El 30 de Octubre de 2018, la EPS solicitó la intervención forzosa administrativa para liquidar la entidad, toda vez que no tenía la posibilidad financiera y administrativa de continuar con su gestión, por lo que, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Resolución No. 007172 del 22 de Julio de 2019, ordenó la inmediata toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A; como consecuencia de la anterior decisión, el proceso de liquidación inició el día 5 de agosto de 2019.

El régimen jurídico aplicable a la liquidación de la entidad CAFESALUD

EPS SA En Liquidación, es el dispuesto en la Resolución 007172 de 22 de Julio de 2019, adicionada por la Resolución 008028 del 20 de Agosto de 2019, expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con lo estipulado en los artículos 20 y 70 de la ley 1116 de 2006, el Decreto 2555 de 2010, y el Estatuto Orgánico Del Sistema Financiero (Decreto ley 663 de 1993).

En lo que interesa para resolver el presente asunto, el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Por su parte el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento para el cobro de sentencias contra la EPS, señalando que:

> *"…a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.*
>
> *En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad. Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;*
>
> *b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN en calidad de mandato, o a una*

sociedad fiduciaria encargada de su pago…"

Así las cosas, quien se considere con derecho a reclamar ante la EPS accionada, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito, el cual será considerado como pasivo cierto no reclamado; y en todo caso, quienes tenían procesos ordinarios admitidos y a pesar de haberlos notificado a CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN, antes del 5 de agosto de 2019, no presentaran su reclamación, las futuras condenas, son incluidas en el pasivo cierto no reclamado; quedando a voluntad del acreedor, hacer o no efectivo su derecho dentro del proceso de liquidación.

DEL CASO CONCRETO

No fue objeto de discusión en la alzada, el cumplimiento de los requisitos legales, para el reconocimiento y pago a favor de la demandante de las incapacidades por enfermedad general y las licencias que, por maternidad, le fueron otorgadas a su trabajadora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros; no obstante, alega la demandada, que no fue tenido en cuenta por la a-quo, el pago parcial de la licencia de maternidad correspondiente al año 2015, que desde el escrito de contestación de la demanda, acreditó la EPS, haber realizado, debiendo entonces, en esta Instancia, aceptarse el pago parcial y, ordenar a la actora, hacerse parte en el proceso liquidatorio, para que, conforme a las reglas del mismo, le sea cancelado el saldo adeudado.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, consulta general de incapacidades y licencias, de la trabajadora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, certificado de pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social de la demandante, a favor de su trabajadora; certificado de licencia de maternidad, otorgada a la señora Galeano Piñeros, por parte de CAFESALUD, del 16 de mayo al 21 de agosto de 2015; formato de solicitud para pago de incapacidades y licencias; comunicación del 05 de marzo de 2018, remitida por la actora, a la EPS CAFESALUD, solicitando la revisión del pago de la licencia de maternidad del año 2015, de la trabajadora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, por haberse cancelado únicamente 75 de los 98 días concedidos; certificados de incapacidad, con su respectivo formulario radicado en CAFESALUD EPS; comprobantes de nómina, donde consta el pago de las licencias por maternidad e incapacidades otorgadas a la trabajadora, por parte del empleador; contrato individual de trabajo suscrito entre la AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1 y Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, del 28 de julio de 2014; cuadro Excel con la relación de licencias e incapacidades adeudadas por la demandada.

Igualmente, se aportó comunicación del 18 de marzo de 2019, de CAFESALUD a la apoderada de la demandante, informando el proceso de reorganización empresarial a que fue sometida la EPS, con una relación de los valores liquidados y autorizados, correspondientes a las prestaciones económicas, entre otras, de la señora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros;

historias clínicas de la trabajadora y los registros de nacimiento de sus hijos; extracto del Banco de Bogotá, donde se encuentra resaltado un pago por dispersión, el 09 de septiembre de 2015 por la suma de $2.047.500, relación de pagos por transferencia, donde se indica que a la demandante, en la misma fecha, le fue cancelada, una licencia de maternidad, por $2.047.500; extracto del Banco de Bogotá, donde consta el pago de $268.484, el 19 de octubre de 2016, con el soporte de la transferencia donde se indica que ese valor se canceló por concepto de incapacidades, para AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1.

De las pruebas antes señaladas, advierte la Sala, que, efectivamente CAFESALUD, realizó un pago a favor de la demandante, por la suma de $2.047.500, correspondiente a la licencia de maternidad otorgada a su trabajadora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros, del 16 de mayo al 21 de agosto de 2015; no obstante, dicho pago no fue desconocido por la accionante, ni por la Juez de Instancia, quien sólo liquidó, dentro de la condena impuesta, los 23 días restantes no cancelados por dicho concepto.

Ahora, en cuanto al pago de $268.484, que realizó CAFESALUD EPS, el 19 de octubre de 2016, también a favor de la demandante, por incapacidades, ni del extracto bancario, ni de la relación de pagos por transferencia, es posible determinar si tal valor correspondía a las prestaciones económicas adeudadas a la actora, por las incapacidades otorgadas a su trabajadora Jeimmy Katherine Galeano Piñeros; razón por la cual, ante la imposibilidad de identificar si con dicho dinero realmente la demandada, canceló las incapacidades de la mencionada señora, no es posible aplicar su valor a las condenas impuestas.

Así las cosas, sin desconocer que efectivamente, como lo advierte la demandada, en su recurso, se presentaron al plenario las pruebas de unos pagos realizados por esa Entidad, a favor de la demandante, lo cierto es que, uno de ellos, el de la licencia de maternidad parcial, ya se dedujo por la a-quo, de lo adeudado; y, el otro, el denominado incapacidades, aunque se realizó a favor de la AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1, no permite establecer el trabajador que causó dicha prestación; lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia apelada, en este sentido.

Ahora, en cuanto a la orden de pago de intereses moratorios, como ya quedó establecido, al haberse demostrado el incumplimiento de la EPS accionada, en el pago oportuno y completo de las licencias de maternidad e incapacidades otorgadas a la trabajadora de la demandante, pese a que la misma fue radicada, con los soportes correspondientes, resulta acertada la decisión del a-quo, al imponer su condena. Sin que resulten válidos los argumentos expuestos por la demandada, para exonerarse de su pago, por su estado de liquidación forzosa, comoquiera que, la prestación económica que aquí se reclama, fue pagada y reclamada por la actora, con anterioridad al proceso de liquidación de la Entidad accionada

Finalmente, en cuanto a la solicitud de CAFESALUD EPS S.A., para que, la actora, concurra al proceso de liquidación de la entidad, teniendo en cuenta las normas antes citadas, y, comoquiera que, es decisión del acreedor, presentarse o no al proceso de liquidación, mal podría esta Instancia, imponerle dicha obligación, como lo pretende la demandada; además, la presente acción, se presentó el 18 de diciembre de 2018, es decir, con anterioridad a la apertura de la liquidación de CAFESALUD, en consecuencia, siendo conocedora la EPS, de la sentencia impugnada, puede tener en cuenta la obligación reconocida por el a-quo, como pasivo cierto no reclamado, sin imponerle a la parte actora, más cargas y desgaste administrativo.

En los anteriores términos queda resuelta la impugnación presentada por la demandada.

Sin costas en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 30 de septiembre de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por la **AGENCIA DE ADUANAS SIACO S.A.S. NIVEL 1** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.S.**, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

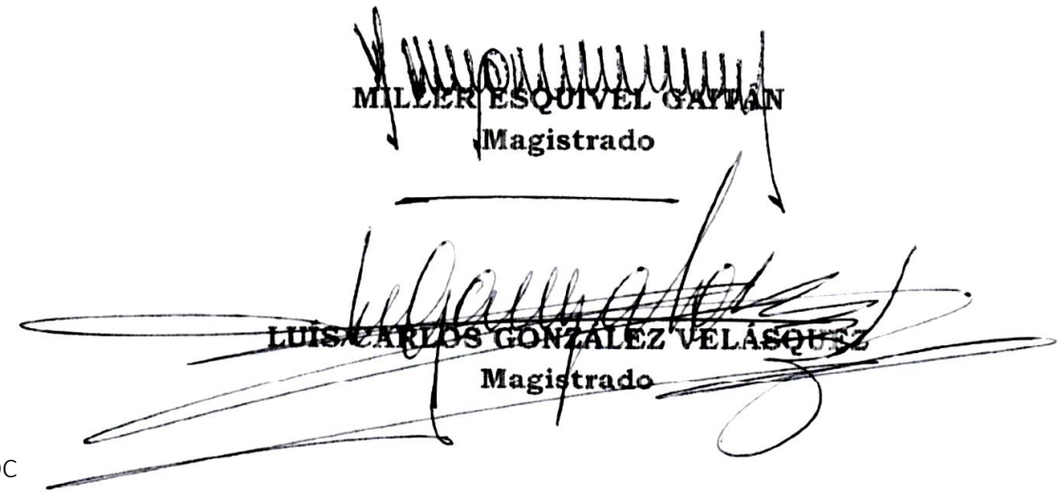
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502220170068 4-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo e indemnización moratoria artículo 65 CST.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la curadora ad litem de los demandados, contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **YANUBIS FLÓREZ RODRÍGUEZ** en contra de **IVONNE JOHANA DÍAZ** y **SUNGJOON MA**.

ANTECEDENTES

YANUBIS FLÓREZ RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral contra IVONNE JOHANA DIAZ y SUNGJOON MA, para que, se declare que, entre ellos existió un contrato de trabajo a término indefinido, del 16 de diciembre de 2014 al 31 de octubre de 2015, donde se desempeñó como empleada doméstica, que finalizó sin justa causa, por decisión de los empleadores; y en consecuencia, que se condene a los demandados, al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, por todo el tiempo laborado; intereses moratorios, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa; que, se condenen al pago de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral; al pago del cálculo actuarial que liquide la Administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada, por las agencias en derecho, las costas del proceso y las demás acreencias laborales, prestaciones e indemnizaciones que considere el Juez, de acuerdo a sus facultades extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el

16 de diciembre de 2014, celebró contrato verbal de trabajo a término indefinido con IVONNE JOHANA DIAZ y SUNGJOON MA, para prestar sus servicios como empleada del servicio doméstico, debiendo realizar el aseo del apartamento, organizarlo, sacar la basura, planchar, lavar, preparar la comida y cuidar a los menores hijos de la pareja accionada; que, cumplía un horario de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 8:00 p.m., recibiendo como salario la suma mensual de $800.000 que eran cancelados por quincenas de $400.000, debiendo firmar un recibo de caja en blanco; que, tanto a la entrada como salida de su lugar de trabajo, debía firmar una minuta que se encontraba en la portería del Edificio y era controlada por la Empresa de Vigilancia PPH Ltda.

Indicó que, el 30 de septiembre de 2015, le presentó su carta de renuncia a la señora IVONNE JOHANA DIAZ, informándole que trabajaría hasta el 15 de diciembre de 2015; sin embargo, el 09 de octubre de 2015, el señor SUNGJOON MA, le entregó una carta de despido, retirándola sin justa causa, a partir del 31 de octubre de 2015; decisión que le produjo un malestar general y enfermedad, por lo que tuvo que pagar de su dinero las consultas y medicamentos.

Que, durante todo el tiempo laborado, los demandados, no le cancelaron las prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión; que, el 31 de octubre de 2015, presentó renuncia, aduciendo motivos personales; que, el 20 de enero de 2016, los demandados fueron citados a la inspección de Trabajo de Bogotá, pero no asistieron y el 26 de enero de 2016, fueron requeridos por la Defensoría del Pueblo, para que le pagaran las acreencias laborales adeudadas, sin obtener respuesta al respecto (fls. 22-30 archivo 01 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los demandados IVONNE JOHANA DIAZ y SUNGJOON MA, comparecieron al proceso a través de curadora ad litem, quien manifestó atenerse a lo que resultara probado en el proceso. Propuso las excepciones de prescripción de la acción, buena fe y la innominada (archivo 010).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2022, el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre las partes, del 16 de diciembre de 2014 al 31 de octubre de 2015, vínculo por el cual devengó la suma de $800.000; condenó a los demandados, al pago de prestaciones sociales, compensación de las vacaciones, auxilio de transporte, la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y, por el cálculo actuarial de los aportes a pensión a favor de la trabajadora, que deberá ser cancelado a la

administradora de pensiones, a la cual se encuentra afiliada; absolvió a los demandados, de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la curadora ad litem de los demandados, interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta que se propuso como excepción la buena fe, que puede llegar a exonerar a la pasiva del pago de las indemnizaciones por mora, pues, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe establecerse una conducta realmente gravosa, en la relación laboral, por parte del empleador y que omitió cualquier situación para el reconocimiento de todas las prestaciones, salarios y demás durante el vínculo de trabajo; que, al no haberse logrado la comparecencia de los demandados, en el proceso, no puede establecerse su actuar como una conducta errónea, pues, a la actora, si se le hicieron unos reconocimientos económicos en vigencia del contrato de trabajo, por lo tanto, no se puede verificar que su intención fuera realizar actos que atentaran contra los derechos laborales de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la curadora ad litem de los demandados, solicitó revocar la decisión de Primera Instancia, pues, sólo tuvo en cuenta las pruebas de la parte actora, en cuanto a los testigos, que afirmaron que ella prestaba un servicio personal a los demandados, en oficios y quehaceres de la casa; sin embargo, a pesar de manifestar una de ellas que acudía con regularidad a esperar a que saliera de la casa de los demandados e ingresaba autorizada por ellos, no fue posible establecer de manera fehaciente que la viera realizando actividades relacionadas con la prestación de un servicio doméstico, ya que solo se intuye que eso realizaba. De otro lado, no se probó la mala fe de los demandados, para poder establecer la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, la cual no procede de manera automática.

Por su parte, la demandante, atacó la intervención de la curadora ad litem, quien dice no tiene interés jurídico para recurrir; además que, respecto a la indemnización moratoria, si bien es cierto que se debe presumir la buena fe, la misma debe ser probada y justificada en la contestación de la demanda y con los medios probatorios correspondientes, cosa que no ocurrió en el caso, donde la renuencia a la asistencia a las audiencias y a defenderse es una actitud omisiva, de los demandados, que en nada los justifica ni exonera del pago de las condenas impuestas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la curadora ad litem de los demandados, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto condenó a los accionados, al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST o si por el contrario debió declararse probada la excepción de buena fe, pues, ante su no comparecencia al proceso, estos no tuvieron la oportunidad ejercer su defensa.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS A UN FONDO DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990 Y LA SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST

En cuanto a la primera indemnización dado la naturaleza jurídica de las cesantías determina que las mismas, son créditos a favor de los trabajadores y a cargo de los empleadores, con la obligación de hacerlos efectivos al término del contrato de trabajo, "*los patronos, en consecuencia, no manejan el dinero correspondiente a las cesantías de sus trabajadores, sino que adeudan a cada uno de ellos la suma equivalente a su derecho, según el artículo 249 del C.S.T, en proporción al tiempo y al salario devengado, para que las disfruten o gocen, consumiéndola o ahorrándola, "al terminar el contrato de trabajo"*. (Anales, Tomo LXXXVI, pag. 171).

El deber de consignación de las cesantías a un fondo de Cesantías es legal y expreso pero su omisión ha de ser estudiada bajo la perspectiva de que se trata de una sanción, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del CST, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.

Ahora bien, en lo que interesa a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, dicho artículo establece la indemnización por falta de pago si a la terminación del contrato el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo, los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si trascurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no ha habido pronunciamiento judicial se

pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas. En el parágrafo 2 del mencionado artículo se establece que la anterior aplicación es para los trabajadores, que devengaren más de un salario mínimo mensual vigente, para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 CST.

De tal modo, comoquiera que, estas sanción no opera de manera automática, sería del caso entrar a verificar las razones por las cuales los demandados se abstuvieron de proceder a la consignación del auxilio de las cesantías en un Fondo, así como al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en vigencia del vínculo laboral que tenían con la demandante; no obstante, pese a recibir el citatorio y aviso (fls. 35-51 Archivo 01), para que se surtiera su notificación personal, estos no comparecieron al proceso, por lo que, su conducta contumaz, debe interpretarse como un hecho de rebeldía frente al pedimento que les realizara la demandante, pues, fueron enterados del objeto del presente proceso, desaprovechando las oportunidades que la ley confiere en su favor y cuya finalidad no es otra que dar elementos al Juez, que desvirtúen o aclaren los supuestos de hecho alegados en la demanda, a través de los medios de prueba, para que cuando éste deba decidir de fondo el asunto, no se vea en la imperiosa necesidad de tomar en cuenta en su providencia, solo los argumentos y pruebas que una parte puso a su disposición, dejando de lado los posibles fundamentos de defensa de la parte accionada, que no fueron puestos en su conocimiento.

Así las cosas, mal podría la falta de actuación del empleador, en el proceso, llevar al desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores, o postergar su reconocimiento en el tiempo de manera indefinida; de ahí que, en el presente caso, ante la no comparecencia de los demandados, pese a ser enterados de la existencia de esta acción, sin que existan pruebas de la consignación del auxilio de cesantías en un Fondo o del pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social, durante la relación de trabajo que sostuvieron con la actora, habrá de confirmarse la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto ordenó el pago de la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pues, si los demandados, se abstuvieron de ejercitar medio alguno de defensa en el curso del proceso, independientemente de la buena o mala fe, deben asumir las consecuencias de su silencio.

Costas en la alzada a cargo de la parte recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

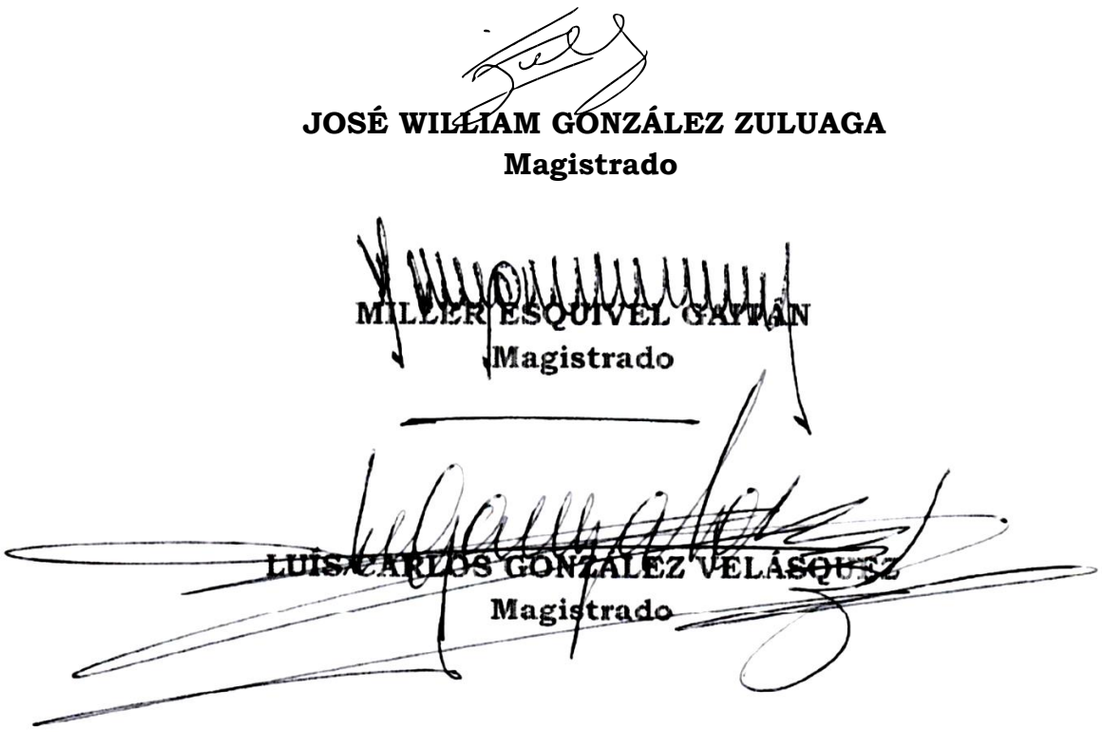
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **YANUBIS FLÓREZ RODRÍGUEZ** en contra **IVONNE JOHANA DIAZ** y **SUNGJOON MA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandados. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220071801

SUMARIO ADELANTADO POR YULI ANDREA GONZÁLEZ MONSALVE CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de enero de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **YULI ANDREA GONZÁLEZ MONSALVE** contra **CAFESALUD EPS S.A.** hoy en liquidación.

ANTECEDENTES

YULI ANDREA GONZÁLEZ MONSALVE, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, CAFESALUD EPS S.A., proceda al reembolso del dinero que ha gastado desde diciembre de 2015, cuando le empezó la enfermedad de glanulomatosis de Wegener.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, sufre de una enfermedad autoinmune, denominada glanulomatosis de Wegener, que le comprometió el ojo derecho y puede afectar otros órganos e incluso poner en peligro su vida, si no sigue a cabalidad el tratamiento, que según el especialista médico reumatólogo, es de por vida; que, mientras consume los medicamentos la enfermedad está dormida, pero si los suspende, se reactiva y es más agresiva; de ahí que, cuando la EPS, no le suministra a tiempo las dosis necesarias, debe comprarlas directamente.

Refirió que, estuvo hospitalizada desde el 22 de diciembre de 2015 y hasta el 01 de enero de 2016 en Esimed; que, su familia presentó una acción de tutela, para que fuera trasladada a un Hospital de IV Nivel, porque no había un diagnóstico claro de su enfermedad y tampoco sentía ninguna mejoría; que, la tutela fue decidida a su favor, pero no hubo ningún traslado, por lo que, tuvo que firmar el alta voluntaria y dirigirse al Hospital

Pablo Tobón Uribe, donde la hospitalizaron desde el 01 de enero al 11 de febrero de 2016; que, la EPS accionada, no le realizado control de oftalmología, ni le ha suministrado todos los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad, alegando falta de existencias en su inventario, debiendo asumir ella el costo de ambulancia, hospitalización, oftalmología y medicamentos, desde diciembre de 2015, que deben ser reembolsados por la demandada (fls. 1-2 y 41-43).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **CAFESALUD EPS S.A.**, dio oportunamente contestación a la demanda; alegó que, no procede el reembolso solicitado, pues, no cumple con los requisitos del artículo 14 de la Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994, ya que, la demandante, no le ha solicitado a esa Entidad, el reembolso de ninguna suma de dinero sufragada por su propio peculio, por tanto, esa EPS, no tiene obligación de reconocer y pagar lo solicitado en la presente demanda; máxime cuando no se cumplió con el término legal para solicitar el reembolso; adicionalmente, los tiquetes de la Droguería Cafam Bello y Dropopular, no constituyen facturas de venta. Propuso las excepciones de ausencia de cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, el caso de la paciente no es una urgencia vital, el pago del reembolso deberá estar conforme a lo dispuesto en el Manual Tarifario SOAT, los recursos de la salud tienen una destinación especifica y la genérica (CD fl. 112).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 30 de enero de 2020, accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, ordenándole a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, cancelar la suma de $240.000, por concepto de traslado asistencial básico y consulta oftalmología de urgencias; negó la solicitud de reembolso de los medicamentos, por cuanto no se allegaron los elementos probatorios conducentes y pertinentes, que demuestren la negativa del suministro por parte de la demandada, no pudiendo establecer la negligencia en la prestación del servicio, que justifique la devolución de dichos gastos (fls. 114-116).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada CAFESALUD EPS S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia, insistiendo en los mismos argumentos del escrito de contestación, respecto al no cumplimiento de los requisitos legales para la

procedencia del reembolso ordenado; que, frente a la patología oftalmológica asociada a cuadro, era de manejo ambulatorio y se expidieron los autorizaciones respectivas para cita con el especialista en oftalmología experto en cámara anterior, sin que la paciente hiciera uso de las autorizaciones, traslados y manejos en Instituciones de mayor complejidad, según las órdenes emitidas, sino que decidió bajo su responsabilidad asumir los costos particularmente, incumpliendo con sus obligaciones como afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previstas en los literales a) e i) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015; que, esa EPS, no tuvo la oportunidad de contradecir el concepto técnico, suscrito por el profesional de medicina Integrante del Grupo Interdisciplinario de la Superintendencia Delegada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta acertada o no la decisión de la Juez de Instancia, en cuanto accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante, ordenando el pago de los dineros que la accionante, canceló directamente por traslado asistencial básico y consulta oftalmológica de urgencias.

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *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 hay 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.".*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

> ***"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.*** *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 IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS 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 el 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 tengas 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.".* (Negrilla fuera de texto)

La corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Insiste la demandada CAFESALUD EPS, en su recurso, en que en el presente caso no se cumplen los requisitos legales para proceder al reembolso de los gastos médicos que reclama la accionante, pues, para su

problema oftalmológico se le brindaron todas las autorizaciones para el traslado y manejo de la patología, en Instituciones de mayor complejidad, sin embargo, ella decidió asumir los costos particularmente, incumpliendo sus deberes como afiliada al SGSSS.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, certificación de hospitalización de la actora, del 22 de diciembre al 1 de enero de 2016, expedida por la Clínica Esimed Juan Luis Londoño de Medellín (fl. 6); relación de servicios y medicamentos sufragados por la demandante (fl. 46); factura de venta No. 2129, del 24 de diciembre de 2015, expedida por Ambulancia Bonsalud E.U, por traslado asistencial básico cita de oftalmología, de $120.000 (fl. 47); factura de venta No. 0874 del 24 de diciembre de 2015, de la Oftalmóloga Martha Luz Zuluaga Posada, por consulta oftalmología de urgencias, de $120.000 (fl. 48); facturas de medicamentos, pago de cuotas moderadoras en el Hospital Pablo Tobón Uribe (fls. 49-55); fórmulas médicas (fls. 56-66); historia clínica ARTMEDICA, por control reumatología, los días 10 y 19 de septiembre de 2016 y 21 de enero y 06 de marzo de 2017 (fls. 67-86); Historia Clínica Esimed, donde se refiere atención de urgencias, el 22 de diciembre de 2015, por malestar general con 6 días de evolución, el 23 de diciembre de 2015, se hace la siguiente anotación *"OJO DERECHO CON PROTOPSIS IMPORTANTE QUE IMPIDE LA APERTURA OCULAR, ERITEMA CONGESTION OCULAR EPIFORA (…) COLOCAR PARCHE OCULAR OJO DERECHO VALORACION URGENTE POR OFTALMOLOGIA (…) REMISION A 4° NIVEL REQUIERE DE VALORACION DIARIA POR OFTALMOLOGIA, INFECTOLOGIA, MEDICINA INTERNA"*, el 24 de diciembre de 2015, se indicó *"Fue evaluada en el día de hoy por oftalmología quien consideró riesgo inminente de pérdida de la visión, indico tto antibiótico local, los familiares traen los colirios preparados, solicitó a su vez evaluación con retinología"*, hospitalizada hasta el 01 de enero de 2016, cuando solicita el alta voluntaria (fls. 87-97)

Igualmente, se aportó informe de epicrisis del Hospital Pablo Tobón Uribe, con fecha de ingreso por urgencias del 01 de enero de 2016 (fls. 98-105); relación de registros médicos, desde el 04 de marzo de 2006 al 25 de noviembre de 2017 y la relación de consultas y medicamentos autorizados (CD fl. 112).

Igualmente, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por el Profesional Especializado adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, *"No se describió en los hechos, ni se aportó documento que indicara habérsele comunicado a la EPS el no suministro de los medicamentos ordenados por los médicos tratantes (…) de acuerdo a lo verificado en los registros aportados y ya descrito anteriormente; el manejo de la urgencia del 22/12/2015 es en una IPS de la red de la EPS y el ordenamiento por el médico tratante es remisión a 4to nivel de atención y valoración por oftalmología (…) y no se describe que la EPS autorizara el traslado y la interconsulta"* (fl. 113).

De las pruebas antes señaladas, se advierte que, el ingreso de la actora, a la Clínica Esimed, se produjo por urgencias, el 22 de diciembre de 2015 y conforme a la nota de evolución del 23 de diciembre de 2015, ésta requería de *"VALORACION URGENTE POR OFTALMOLOGIA"* y *"REMISION A 4° NIVEL REQUIERE DE VALORACION DIARIA POR OFTALMOLOGIA…"*, no obstante, llegado el 24 de diciembre de 2015, sin valoración alguna por oftalmología, además de ninguna mejoría, la actora, se vio en la necesidad de sufragar su traslado y la consulta de urgencias en el consultorio de la oftalmóloga Martha Luz Zuluaga Posada, asumiendo el pago de $240.000 de forma particular; sin que dentro del plenario haya demostrado la demandada CAFESALUD EPS, que le prestó el servicio de salud visual, conforme a lo ordenado por el médico tratante de urgencias, lo que demuestra la denegación del servicio requerido por la beneficiaria del Sistema de Salud, y justifica la orden de reembolso impuesta en Primera Instancia; sin que, resulte valido el argumento de la demandada, en cuanto a que emitió las autorizaciones para que la señora GONZÁLEZ MONSALVE fuera atendida a través de su red de prestadores, hecho que no se encuentra debidamente demostrado y en todo caso, claro es que, las Entidades Prestadoras de Salud, no se pueden limitar a emitir una autorización médica, para exonerarse de cualquier responsabilidad, sino que deben también confirmar la efectiva prestación integral del tratamiento requerido por su afiliado, de manera oportuna, eficiente y con calidad.

Tampoco resulta admisible el argumento expuesto por la accionada respecto al incumplimiento de la actora, en sus obligaciones como afiliada al SGSSS, pues, ante la falta de atención de su dolencia visual por parte de su EPS y, sin obtener ninguna mejoría, es comprensible que haya tomado la decisión de buscar la atención oftalmológica que necesitaba, con carácter urgente, de forma particular; sin que ello implique una falta a los deberes y obligaciones de todos los usuarios del Sistema de Salud, de acudir a la red de prestadores contratada por su EPS.

Así las cosas, se impone confirmar la decisión de Primera Instancia, en ese sentido; aclarando a la accionada, que, el análisis, rendido en el curso del proceso, por el Profesional Especializado adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, no es una prueba, que requiera contradicción de las partes, sino que, se trata de un concepto soporte de la decisión del a-quo, quien cuenta con un grupo interdisciplinario de profesionales, a efectos de hacer una verificación técnica a cada caso; de ahí que, no se advierta ninguna irregularidad, frente a la ausencia de traslado a la parte accionada.

En los anteriores términos queda resuelta la impugnación presentada por la parte accionada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 30 de enero de 2020 dentro del proceso sumario laboral promovido por **YULI ANDREA GONZÁLEZ MONSALVE** contra **CAFESALUD EPS S.A.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500082019008 10-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Honorarios profesionales de abogado.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2021 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIANA CRISTINA MONCADA ROLDÁN** en contra de **MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA** y **MARÍA TERESA MEJÍA CORREA**, con declaración de discapacidad mental.

ANTECEDENTES

DIANA CRISTINA MONCADA ROLDÁN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de MARIA TERESA CORREA DE MEJÍA y MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, para que, se declare que existió una relación contractual por el trámite ante el Fondo de Previsión Social del Congreso para lograr la sustitución pensional del señor José Joaquín Mejía Figueredo, del 50% provisionalmente a favor de la señora Correa de Mejía, proceso por el cual se le adeuda por concepto de honorarios la suma de $4.000.000, al obtener un resultado favorable para las accionadas, junto con los intereses del 6% anual, desde que se causaron y se hicieron exigibles, el 11 de noviembre de 2015 hasta la fecha en que se verifique el pago de la obligación; que, existió una relación contractual por todo lo actuado como apoderada de las demandadas, ante el Juzgado 14 de Familia de Oralidad de Bogotá, en proceso de interdicción absoluta con radicado 2016-262, por lo que, al haber cumplido con el objeto de dicho proceso, se debe ordenar el pago a su favor de $8.000.000 por honorarios adeudados, más los intereses del 6% anual, desde que se causaron e hicieron exigibles, esto es, 23 de noviembre de 2018

y hasta que se verifique su pago efectivo; que, se declare que existió con las demandadas, una relación contractual para iniciar y terminar en debida forma ante el Fondo de Previsión Social del Congreso, el reconocimiento del 50% suspendido a favor de la hija invalida del causante, de la pensión mensual de $5.959.182,27, junto con un retroactivo por $306.970.871,74, correspondiéndole por honorarios, en razón a dicho mandato, la suma de $30.697.087,17, más los intereses del 6%; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el señor José Joaquín Mejía Figueredo, presentó ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, solicitud de sustitución pensional del 50% a favor de su esposa MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA, en su condición de cónyuge y el otro 50% para su hija MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, calificada con un porcentaje del 52.20% del PCL, petición que la Entidad, dejó en suspenso hasta que se produjera el hecho jurídico de la muerte del afiliado, hecho que acaeció el 4 de mayo de 2015, por lo que, las demandadas, contrataron sus servicios profesionales como abogada, el 18 de julio de 2015, confiriéndole poder amplio y suficiente, para iniciar y adelantar todos los trámites ante el Fondo en mención a efectos de obtener la sustitución provisional del 100% de la pensión del causante a favor de la cónyuge supérstite; pactando como honorarios profesionales, por ese primer mandato, $5.000.000, de los cuales, a la presentación de la demanda, sólo le cancelaron $1.000.000.

Indicó que, el 22 de septiembre de 2015, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, emitió la resolución No. 0605, a través de la cual decidió sustituir sólo el 50% de la pensión de jubilación a la cónyuge del fallecido, a partir del 01 de junio de 2015, en cuantía de $4.914.196,5 y dejó en suspenso el 50% restante hasta tanto la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, determinara la pérdida de capacidad laboral de la hija del causante, MARÍA TERESA MEJÍA CORREA; que, según dictamen de la JRCI de Bogotá y Cundinamarca, de fecha 21 de septiembre de 2015, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la señora Mejía Correa, es de 53.20%, el cual fue presentado ante FONPRECON.

Que, el 25 de julio de 2016, nuevamente las demandadas, contrataron sus servicios profesionales de abogada, otorgándole un segundo poder, para que adelantara el proceso de interdicción relativa de María Teresa Mejía Correa, por lo que, el 20 de enero de 2017, suscribieron contrato por la suma de $5.000.000; que, estando en curso la demanda, al ser valorada la señora Mejía Correa, por el Instituto Nacional de Medicina Legal, se recomendó una interdicción absoluta, por presentar esquizofrenia paranoide; que, enteradas las demandadas del cambio en el trámite del proceso, la autorizaron para seguir con la demanda, llegando a un acuerdo en el ajuste de los honorarios, que se incrementaron en $3.000.000 más, pero, pese a su gestión, trabajo, comprensión y ayuda, nunca le fueron cancelados los honorarios, pues, las accionadas, manifestaban no tener dinero; que, el 23

de noviembre de 2018, el Juzgado 14 de Familia de Oralidad de Bogotá, profirió la sentencia de interdicción absoluta, dentro del proceso 2016-00262, la cual se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada, terminando así el segundo mandato para el que fue contratada.

Que, en aras de recibir el pago de sus honorarios, aceptó un tercer mandato, para obtener del FONPRECON, el pago del 50% de la pensión de sobrevivientes suspendido, correspondiente a la hija inválida del causante, para lo cual presentó ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Familia, la posesión de los curadores para la señora MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, realizó la publicación de los respectivos avisos y presentó los documentos ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República; que, el 24 de abril de 2019, se reunió con sus poderdantes, para aclarar el pago de sus honorarios, por este tercer trabajo, acordando el pago del 10%, sobre el total del retroactivo, justo como se encuentra determinado en la tarifa de honorarios de CONALBOS; sin embargo, les advirtió que estaba próximo a prescribir un año del retroactivo pensional, lo que les causó molestia y según ellas, sólo aumentarían $3.000.000 más a sus honorarios, de ahí que les solicitó dejar el acuerdo por escrito, aclarando que por el tercer mandato recibiría el 10% del retroactivo pensional.

Que, cumplió a cabalidad con su gestión como profesional del Derecho, no obstante, las demandadas, le manifestaron su inconformidad con el pago de los honorarios profesionales, señalando que lo único que había hecho era una simple interdicción y mal llevada, pero ellas, nunca intervinieron en la recolección de las pruebas, ni realizaron diligencia alguna para la consecución de documentos; que, los días 10 de mayo y 02 de julio de 2019, a través de comunicaciones enviadas por correo certificado, le solicitó a las demandadas, el pago de sus honorarios; que, el 08 de julio de 2019, el FONPRECON, le notificó la resolución 0372, a través de la cual ordenaba un pago para las demandadas, de $306.970.871,74, por concepto de retroactivo pensional.

Que, el 15 de julio de 2019, les hizo llegar a las accionadas la respectiva resolución, con las indicaciones para la afiliación a una EPS de la pensionada MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, e igualmente solicitó el pago de sus honorarios profesionales a lo que le respondieron que debía esperar a que les fuera consignado el dinero, que primero cancelarían las deudas a terceros y luego sí le pagarían a ella, con un cheque de gerencia, pero sólo le entregarían $14.000.000, por todo el trabajo, sin que a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido pago alguno por su gestión (fls. 2-24 y 171-175).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos

en su mayoría manifestaron ser ciertos, salvo los relacionados con el pago de los honorarios de la demandante, ya que, según ellas, le fueron cancelados por la suma de $15.000.000, sin que proceda el reconocerle adicionalmente el 10% por un tercer mandato, donde la actora, se limitó a realizar gestiones administrativas, que no pueden cobrarse como si se tratara de un proceso judicial. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación pretendida, temeridad y mala fe de la demandante, buena fe de las demandadas y la genérica (fls. 191-195).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de diciembre de 2021, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a las demandadas a pagar a la demandante, la suma de $1.656.232, por concepto de honorarios profesionales, correspondientes a la labor efectuada ante FONPRECON, tendientes al reconocimiento del 50% restante de la sustitución pensional del señor Joaquín Mejía Figueredo, a favor de su hija, la señora María Teresa Mejía Correa; junto con los intereses moratorios, a una tasa del 6% anual, en los términos del artículo 1617 del CC, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha en que se realice el pago respectivo; declaró no probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, en el presente caso, no existe duda de la celebración de tres mandatos, que la actora, cumplió a cabalidad, sin que se comparta la forma en que fueron tasados los honorarios, conforme a la tarifa CONALBOS del año 2019, cuando para ello la a-quo, debió tener en cuenta las pruebas obrantes en el proceso; que, si bien las demandadas, manifestaron no estar de acuerdo con el valor de los honorarios cobrados por la actora, ellas tenían la facultad para revocarle el poder, pero no hicieron uso de ésta, por lo que, hubo una aceptación tácita del valor de los honorarios reclamados; que, la condena impuesta por la Juez de Instancia, dista bastante de lo cobrado por la abogada Diana Cristina Moncada Roldán, cuyas pretensiones ascendían a $36.000.000 y, lo reconocido fue únicamente la suma de $1.656.232; que, la abogada desarrolló su labor y siempre manifestó a las accionadas, cuál era el valor de su gestión, pues, de no haber existido tal manifestación, sí sería válida la tasación efectuada en Primera Instancia; solicita entonces, que se haga la tasación de los honorarios de la abogada actora, de acuerdo con la documental obrante en el expediente, donde consta que corresponden al 10% de las resultas de la gestión adelantada a favor de las accionadas.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, la demandante, insistió en que se modifique el valor de la condena impuesta a las demandadas, pues, el reconocimiento y pago de una pensión, si bien es un trámite administrativo dirigido en el presente caso al FONPRECON, no es materia administrativa sino laboral, que debe cumplir con una ritualidad y exigencias de la ley 100 de 1993, y que no se debe confundir con una reclamación administrativa, que es una simple carta para cumplir con un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción administrativa; de ahí que, los honorarios reclamados por el profesional del Derecho, por adelantar dicho trámite, no sólo deben incluir una valoración de la gestión de la actora, para reunir las pruebas, sino también considerar su perfil profesional, años de experiencia y el resultado que ésta obtuvo a favor de las demandadas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, conforme a la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver, se contrae a determinar, (i) si se causaron los honorarios profesionales reclamados por la demandante, por su gestión como profesional del Derecho, ante FONPRECON, para obtener el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes causada a favor de la demandada MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, en condición de hija discapacitada del causante José Joaquín Mejía Figueredo; en caso afirmativo, (ii) si el valor de dichos honorarios, corresponden al 10% de lo que esa demandada obtuvo por retroactivo pensional o si por el contrario, resulta acertada la decisión de la a-quo, quien determinó que la gestión de la actora, sólo correspondía a un trámite administrativo por lo que le correspondía como honorarios la suma de $1.656.232.

DEL CONTRATO DE MANDATO- PAGO DE HONORARIOS

Solicita la parte demandante, que se modifique el valor de los honorarios tasados por la Juez de Primera Instancia, pues, la suma determinada en $1.656.232, no se corresponde con la gestión desarrollada por ésta, para obtener el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes que el FONPRECON, tenía suspendido hasta tanto se calificara a la señora MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, hija del causante José Joaquín Mejía Figueredo y se determinara su porcentaje de PCL, trámites que adelantó sin ninguna colaboración de las demandadas, obteniendo un resultado

favorable, por el que incluso les fue reconocido un retroactivo pensional de $306.970.871,74; máxime cuando había pactado con las accionadas, el 10% de dicho valor, como honorarios profesionales.

Al respecto, el numeral 6 del artículo 2 del CPTSS, asigna a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades, laboral y Seguridad Social, el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que las motive.

En tratándose propiamente del mandato, el artículo 2141 del CC, lo define como el contrato *"en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera..."*; el cual, puede ser de carácter gratuito o remunerado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2143 *ibidem*.

Por su parte, el artículo 2144 del mismo Código, asimila la gestión profesional al contrato de mandato, en los siguientes términos:

> *"Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"*

El artículo 2149 del CC, consagra que *"el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra"*, y el artículo 2150 estipula que, *"El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario..."*, la cual puede ser expresa o tácita, y que, una vez aceptado, no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.

Por consiguiente, para establecer la existencia del vínculo contractual alegado es menester que quien reclama su declaración demuestre a través de los medios probatorios a su alcance la presencia de los elementos referidos, esto es, el acuerdo de voluntades en relación con el servicio profesional requerido y la contraprestación o remuneración del servicio, también llamada para este tipo de contratos *"honorarios"*.

Pues bien, sin desconocer que, entre las partes en litigio, como quedó establecido por la Juez de Instancia, se celebraron tres acuerdos de mandato, el primero, para obtener a favor de la señora MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, como cónyuge supérstite del causante, ante FONPRECON; el segundo, para que se declarara la interdicción de MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, que cursó ante el Juzgado 14 de Familia de Oralidad de Bogotá y, el tercero, para el pago del 50% suspendido de la sustitución pensional a favor de la señora Mejía Correa, en su condición de hija inválida del fallecido

José Joaquín Mejía Figueredo, lo cierto es que, la inconformidad de la parte actora, en la alzada, se limita al valor de los honorarios profesionales de abogado que tasó la a-quo, respecto de este último mandato, razón por la cual la Sala, centrara su atención en este último contrato.

Al respecto, milita en el plenario auto del 24 de noviembre de 2003, proferido por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en el que se deja constancia de la solicitud de sustitución pensional, conforme a lo establecido por la Ley 44 de 1980, presentada por el señor JOSÉ JOAQUÍN MEJÍA FIGUEREDO, a favor de su esposa MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA y de su hija MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, las cuales fueron aceptadas como beneficiarias, por dicho Fondo; no obstante, *"se deja en suspenso hasta tanto se produzca el hecho jurídico consagrado en dicha norma y las beneficiarias de la solicitud presenten el registro civil de defunción en la oportunidad legal correspondiente"* (fl. 25).

Igualmente, se allegó la resolución 0398 del 26 de junio de 2015 (fls. 36-41), modificada por la 0605 del 22 de septiembre de 2015, a través de las cuales FONPRECON, dejó en suspenso el 50% restante de la sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor José Joaquín Mejía Figueredo, en espera de la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral de María Teresa Mejía Correa, hija del fallecido y, de ser necesario, el respectivo proceso de interdicción (fls. 29-35); también se aportó, el recurso de reposición y subsidiario de apelación interpuesto por la actora, el 22 de julio de 2015, en contra de la resolución 0398 de 2015 (fls. 19-24); dictamen No. 21069455 del 21 de septiembre de 2015, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez a la señora Mejía Correa, determinando una PCL del 53.20% de origen común (fls. 42-45); examen psiquiátrico forense practicado a la misma demandada, dentro del proceso de interdicción que cursó en el Juzgado 14 de Familia de Bogotá, (fls 51-57); formulario de solicitud de prestaciones económicas, radicado el 04 de febrero de 2019, por la actora, a nombre de la demandada MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, solicitando a FONPRECON, la sustitución del 50% de la pensión de sobrevivientes suspendido, junto con los respectivos anexos (fls. 64-68); requerimiento presentado el 03 de mayo de 2019, por la apoderada accionante, ante FONPRECON, requiriendo de manera urgente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora Mejía Correa (fls. 137-139).

Asimismo, obra en el plenario, la resolución 0372 del 02 de julio de 2019, mediante la cual FONPRECON, levantó la suspensión de la sustitución pensional del señor José Joaquín Mejía Figueredo y le reconoció el 50% de la misma, a MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, en su condición de hija en estado de invalidez, a partir del 01 de junio de 2015, ordenando además el pago de un retroactivo pensional por la suma de $306.970.871,74 (fls. 156-159); decisión notificada personalmente a la actora, en calidad de apoderada de la beneficiaria, el 08 de julio de 2019 (fl. 159 reverso); y, las comunicaciones enviadas por la demandante, a las demandadas, los días

09 de mayo y 02 de julio de 2019 requiriendo el pago de sus honorarios profesionales y, especialmente, respecto al tercer mandato, la cancelación del 10% sobre las mesadas reconocidas a la señora Mejía Correa, *"que es un valor proporcional a la labor desarrollada por la profesional del derecho"* (fls. 141-155).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandada MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA, indicó que contrató a la demandante, para que se hiciera cargo del proceso de interdicción de su hija MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, en septiembre de 2015; que, su hijo GUILLERMO MEJÍA CORREA, se hizo cargo del trámite de la sustitución pensional ante FONPRECON, del 50% de la pensión de su esposo, para ella, quedando el otro 50% suspendido mientras se hacia el proceso de la interdicción; no reconoció haberle conferido ningún poder a la actora, para gestionar la sustitución pensional por el fallecimiento de su esposo José Joaquín Mejía Figueredo; que, para el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de su hija, no tuvieron la necesidad de realizar ninguna petición, pues, FONPRECON, dejó claro que el derecho quedaba en suspenso hasta tanto se presentara la interdicción e inmediatamente procedían a hacer el pago con el retroactivo.

Por su parte, la demandante, señaló que, fue contratada el 18 de julio de 2015, cuando las demandadas, ya habían presentado la solicitud de sustitución pensional ante FONPRECON; que, el objeto de su contrato era obtener el 100% de la sustitución pensional a favor de la cónyuge del causante, la señora MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA, siendo ese el trámite que adelantó ante el Fondo, quien le contestó que no era posible tal reconocimiento, porque estaba por aclarar si le asistía algún derecho a la hija del causante, MARIA TERESA MEJÍA CORREA, por invalidez; que, el Fondo, exigió adelantar el proceso de interdicción de la señora Mejía Correa, para reconocerla como beneficiaria, pero que hasta cuando ella tomó el caso, no se sabía si era necesario o no adelantar esa demanda, porque existía una calificación de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Invalidez de Bogotá, que creía era prueba suficiente para el reconocimiento de la sustitución pensional, pero como el causante dejó un documento indicando que su hija también era beneficiaria, el FONPRECON, no aceptó el reconocimiento del 100% de la pensión de sobrevivientes para la cónyuge; que, ella adelantó un proceso de solicitud pensional ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, que, puede considerarse administrativo, porque no tuvo que acudir a la Justicia Ordinaria; que, no suscribió contrato con las demandadas, por el 10% del retroactivo pensional recibido por la señora Mejía Correa, hija del fallecido, quien ya había sido declarada interdicta y no podía entrar a decidir, la mamá no quiso firmarlo y el otro hijo, señor Guillermo Mejía, dijo que no tenía nada que ver en el asunto, pues, ni siquiera era curador; que, le pagaron $1.000.000 iniciando el trámite de la sustitución pensional en un 100% a favor de la cónyuge del fallecido, MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA, al finalizar, viendo que no le pagaban, les dijo que los iba a demandar y cuando se enteraron de la demanda, le giraron $14.000.000, para un total de $15.000.000, que

correspondían a $5.000.000 de honorarios por el primer mandato; $8.000.000 por el proceso de interdicción y $2.000.000 más que ellas decidieron reconocerle aumentando el valor de los honorarios por el proceso de familia, cuando se cambio la modalidad de interdicción relativa a absoluta y, $1.000.000 restante que ellas dijeron que le agregaban por el último trámite para el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la hija inválida; que, la actora, a la terminación del proceso de interdicción, habló con las demandadas, y como no había recibido el pago de ningunos honorarios, les exigió el 10% de lo que se recibiera por concepto de mesadas y retroactivo a favor de MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, pero las accionadas, no aceptaron, afirmando que esa gestión estaba incluida en el primer mandato.

Analizado el acervo probatorio a que se ha hecho referencia, considera la Sala, que fue acertada la decisión adoptada por la a-quo, al regular los honorarios de la demandante, por su gestión en el reconocimiento del 50% de la sustitución pensional a favor de MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, en su condición de hija inválida del pensionado fallecido, de acuerdo la tarifa de honorarios profesionales CONALBOS para el año 2019, fijada para las reclamaciones administrativas de carácter laboral, según el cual, le corresponde al profesional del derecho *"Dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que hará parte de los honorarios si hay juicio ante la Jurisdicción Ordinaria"*; y es que, en primer lugar, el 10% del retroactivo pensional que pretendía obtener la actora, como honorarios por dicho mandato, no fueron acordados, ni aceptados como tal por la parte accionada, es decir, que no hubo un pacto entre las partes, respecto a dicho porcentaje, lo que habilitaba a la Juez de Instancia, para proceder a su regulación; y, en segundo lugar, luego de adelantar el proceso de interdicción judicial de la señora Mejía Correa, es claro para la Sala, que la labor de la demandante, se limitó a presentar ante FONPRECON, la petición de reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes a su favor, acompañada de los anexos correspondientes, requerir a esa Entidad, el 03 de mayo de 2015, para que resolviera con carácter urgente esa petición y notificarse el 08 de julio de 2019, de la resolución 0342 de 2019, que le concedió el derecho pensional a la mencionada señora; sin que se advierta que ésta desplegó actividad alguna para el recaudo de pruebas adicionales a las obtenidas a través del proceso de Familia o la interposición de recursos, menos aún, como ella misma lo reconoció al absolver interrogatorio de parte, tuvo que acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en aras de obtener el derecho pensional reclamado por su clienta, todo lo contrario, se trató de un proceso corto y sin mayor desgaste para el Fondo de pensiones, ni para las reclamantes.

Ahora, no se desconoce que la actora, cumplió con el objeto del mandato, pues, obtuvo a favor de MARÍA TERESA MEJÍA CORREA, el reconocimiento de la sustitución pensional del 50% que le correspondía en su condición de hija inválida del causante, pero señaló la misma accionante, en el

interrogatorio de parte, que decidió exigirle a las demandadas, el 10% de lo que obtuvieran como retroactivo pensional, ya que, al finalizar el proceso de interdicción, sólo había recibido un $1.000.000 por todas las gestiones que hasta la fecha había realizado a favor de las accionadas; no obstante, presentada esta acción, obtuvo el pago de los honorarios correspondientes a la primera reclamación de la sustitución pensional ante FONPRECON, por la cónyuge supérstite y, por el proceso de interdicción, por lo tanto, el monto de los honorarios por su labor en el tercer mandato, no podía ser el 10% del retroactivo pensional, que ella de forma unilateral había decidido cobrar a las accionadas, porque no había recibido pago alguno por su trabajo; y es que, atendiendo las gestiones realizadas en ejercicio de su postulación, para el caso del tercer mandato, como abogada en la referida causa administrativa, resulta más que ajustado el reconocimiento de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues, se reitera, la togada sólo radicó una petición de sustitución pensional, hizo un requerimiento para que ésta fuera resuelta y se notificó de la decisión, trámites de carácter administrativo, que en nada se equiparan al esfuerzo y desgaste propio de un litigio judicial.

Finalmente, sin desestimar la experiencia y conocimientos de la demandante, como profesional del Derecho, se advierte que, los honorarios profesionales de los abogados, aunque pueden estipularse libremente, deben fijarse dentro de unos límites justos y equitativos, atendiendo, entre otras cosas, la gestión encomendada, que se reitera, para el último mandato otorgado a ésta, no requirió de mayor desgaste e intervención por parte de la actora; razones suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandante, comoquiera que, no se aceptaron los argumentos expuestos en su recurso de apelación. Se confirman las de Primer Grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2021, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **DIANA CRISTINA MONCADA ROLDÁN** en contra de **MARÍA TERESA CORREA DE MEJÍA** y **MARÍA TERESA MEJÍA CORREA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

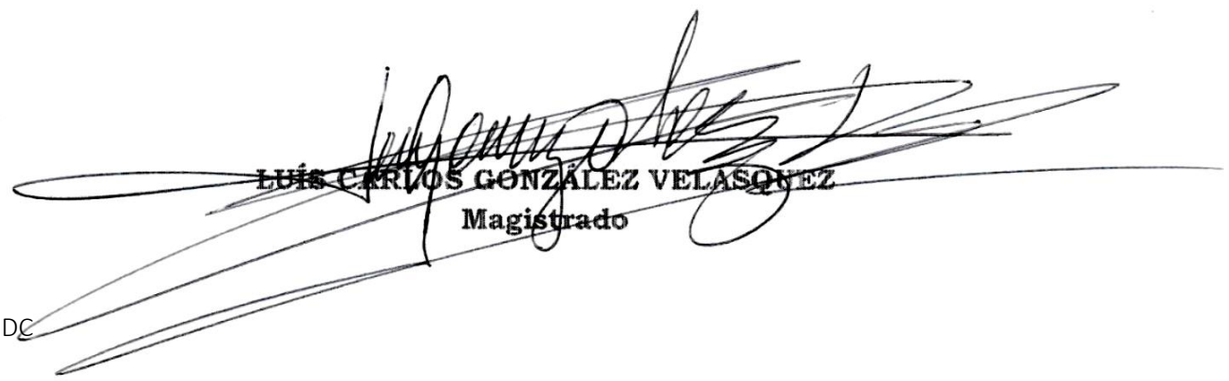
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220081 3-01

SUMARIO ADELANTADO POR ALEJANDRO OROZCO CASARES CONTRA SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de septiembre de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **ALEJANDRO OROZCO CASARES** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

ANTECEDENTES

ALEJANDRO OROZCO CASARES, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, SALUD TOTAL EPS-S S.A., realice el pago de la incapacidad médica No. 35900 del 17 de mayo de 2018, por 30 días; y, le devuelva la suma de $5.404.800 que debió cancelar directamente por concepto de exámenes prequirúrgicos, valoración prequirúrgica, medicamentos y honorarios cirugía de prostatectomía total.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, le solicitó a SALUD TOTAL EPS-S S.A., de forma verbal y por escrito, en 3 oportunidades, el cambio de médico tratante y/o IPS, a ciudades como Barranquilla o Bucaramanga, donde tiene familiares, para que le practicaran cirugía autorizada de próstata, que venia inflamada por varios años, pero le fue autorizado su traslado a la IPS LITOPRADO en la ciudad de Santa Marta, donde carece de familiares; que, la demandada, le solicitó un segundo concepto médico y más exámenes, dilatando el procedimiento requerido, además de agravar su estado de salud.

Refirió que, desde su afiliación a la EPS accionada, se encontraba autorizada la cirugía de próstata, pero por falta de confianza en UROMIL

IPS, buscó la posibilidad de atención en otra ciudad o por lo menos de otro médico, lo que nunca sucedió; razón por la cual decidió practicarse la intervención quirúrgica de manera particular, en la Clínica del Cesar S.A., donde tuvo unos gastos y se le expidió una incapacidad que SALUD TOTAL EPS-S S.A., decidió no cancelar, pese a la solicitud de reembolso presentada (fls. 2-4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, dio oportunamente contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, ya que, nunca negó un servicio al actor, autorizándole consulta con cuatro médicos diferentes en la IPS UROMIL, en Valledupar, pero el señor Orozco no aceptó la atención de los especialistas, entonces esa Entidad, lo remitió a la ciudad de Santa Marta, a la IPS LITOPRADO S.A.S.; no obstante, el demandante, decidió realizarse el procedimiento quirúrgico en una IPS ajena a su red de prestadores, debiendo asumir los costos de su decisión; que, tampoco se advierte que el accionante, haya requerido una atención de urgencias y en todo caso, no se evidencian facturas y/o historia clínica de la atención recibida y en caso de acceder al reembolso solicitado, estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos. De manera subsidiaria solicitó, que se ordene a la ADRES, pagar, en un término máximo de 10 días, los costos en que incurra la EPS, por el reconocimiento económico del reembolso deprecado (fls. 11-20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenándole a SALUD TOTAL EPS-S S.A., liquidar la incapacidad expedida al demandante, conforme al IBC, reportado en sus registros, con las respectivas actualizaciones monetarias y bajo las reglas establecidas para una incapacidad inicial, es decir, las contenidas en el Decreto 2943 de 2013, así como las reglas establecidas en el CST, teniendo en cuenta que se liquida con el 66.67% del IBL, siempre y cuando no resulte inferior al SMLMV; no ordenó el reembolso de los gastos deprecados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., interpuso recurso de apelación, reiterando los mismos argumentos expuestos en el escrito de contestación de demanda;

advirtiendo que, con la decisión del a-quo, se desconocen las normas de Seguridad Social y se puede incurrir en una destinación indebida de los recursos públicos de la salud.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si procede o no el reconocimiento del auxilio económico por incapacidad médica general que le ordenó la a-quo, cancelar a la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., aunque tal incapacidad haya sido otorgada por un médico ajeno a su red prestadora de servicios de salud.

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

"…el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

(…)

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

…en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (…), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes…"

Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de 4 semanas (artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016). De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del CST, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho al auxilio monetario, hasta por 180 días así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante. En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si este fuere menor. No obstante, como quedó establecido en la sentencia C-543 de 2007, el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, pues, de lo contrario, se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

Adicionalmente, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016 *"No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones".*

DEL CASO CONCRETO

Insiste la demandada, en su recurso, en que no procede el pago del auxilio económico por incapacidad médica general, reconocido en Primera Instancia, al no cumplir con las exigencias legales para su reconocimiento, incurriendo en una destinación indebida de los recursos públicos de la salud.

Al respecto, se advierte que, al demandante, le fue concedida incapacidad médica, por 30 días, del 16 de mayo al 14 de junio de 2018, como consecuencia de la intervención quirúrgica de prostatectomía abierta, a la que se sometió, de manera particular, en la Clínica del Cesar, IPS, ajena a la red de prestadores del servicio de salud de su EPS (fls. 15-16 PDF); y, aunque la demandada, insiste en que no procede el pago de la prestación económica derivada de tal incapacidad, lo cierto es que, conforme a la normatividad antes citada, SALUD TOTAL EPS-S S.A., sólo podría negarse a reconocer dicho pago, si el actor, se hubiese sometido a un tratamiento

con fines estéticos o que estuviese excluido del plan de beneficios; sin embargo, la *prostatectomía abierta,* no hace parte de dichas exclusiones, es más, se trata de un procedimiento autorizado por la EPS accionada, que, mal puede eximirse de su pago, pues, independientemente de que, el demandante haya decidido acceder a los servicios médicos que necesitaba, de forma particular, esta cirugía, limitó al actor, en el desarrollo de sus actividades laborales y le impidió obtener ingresos económicos durante los 30 días concedidos para su recuperación, debiendo entonces la accionada, garantizar el mínimo vital del señor Orozco Casares, durante aquel periodo en que no se encontraba en condiciones adecuadas para realizar las labores que le permitieran obtener un salario; resultando acertada la decisión de la a-quo, en cuanto ordenó su pago.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 30 de septiembre de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por **ALEJANDRO OROZCO CASARES** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

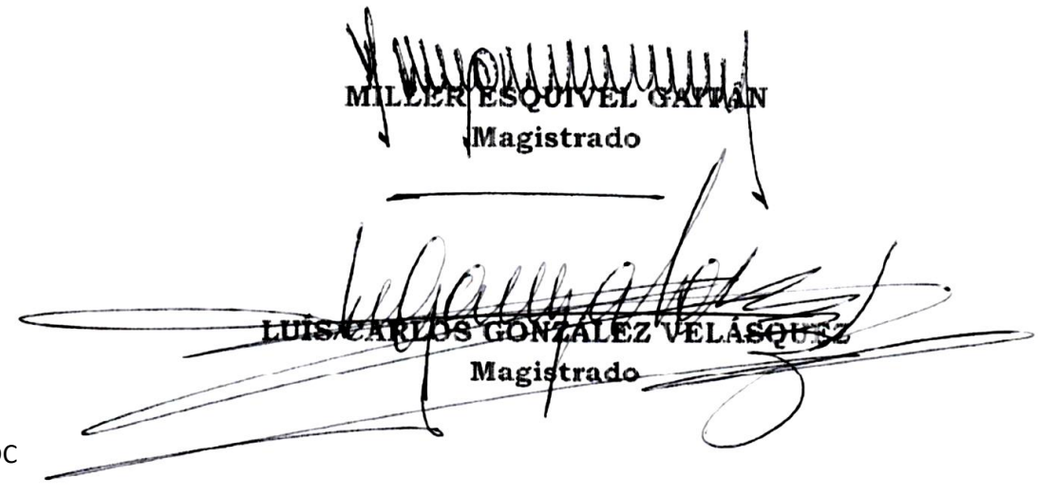
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501920150085O-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Salario – Pago de Prestaciones Sociales a la terminación del contrato de trabajo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida el 07 de julio de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GILDARDO ALONSO BERRÍO** en contra de **TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S**.

ANTECEDENTES

GILDARDO ALONSO BERRÍO, promovió demanda ordinaria laboral contra TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo, a término indefinido, vigente del 16 de octubre de 2012 al 21 de enero de 2015, donde se desempeñó como conductor de tracto camión, devengando como salario promedio la suma de $3.200.000, en un horario de lunes a domingo, con disponibilidad las 24 horas del día y que finalizó por renuncia con justa causa por parte del trabajador; en consecuencia, que se condene a la demandada, al pago de los saldos insolutos por prestaciones sociales y vacaciones causados durante la vigencia de toda la relación de trabajo, así como el valor correspondiente a las prestaciones sociales por la liquidación del contrato de trabajo, los aportes a la Administradora de Pensiones, de acuerdo con el promedio devengado, la sanción por la no consignación completa de las cesantías en un Fondo, la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación a la terminación del vínculo laboral, la indemnización por la renuncia con justa causa, la indexación de las sumas

dejadas de pagar, lo ultra y extra petita, junto con los gastos y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 16 de octubre de 2012, celebró contrato de trabajo a término indefinido con TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., para desempeñar el cargo de conductor de tracto camión, en todo el territorio nacional; labor que ejecutó de manera personal, cumpliendo un horario de lunes a domingo, con disponibilidad las 24 horas del día, sin que la demandada, le concediera días de descanso o compensatorios, ni le cancelara horas extras, dominicales ni festivos laborados.

Refirió que, el salario pactado fue el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, más un porcentaje del 10% de los viajes que se realizaran; que, según certificación expedida por la accionada, devengaba un salario promedio mensual de $3.200.000, que, el 21 de enero de 2015, presentó renuncia, con justa causa, ante la demora en el pago del sueldo y demás obligaciones del empleador, sin que, se le cancelara la liquidación final de prestaciones; que, TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., durante toda la relación de trabajo, se sustrajo parcialmente de sus obligaciones laborales, pues, tanto las prestaciones, como aportes al Sistema de Seguridad Social, los canceló sobre el salario básico, sin tomar el promedio realmente devengado, incluyendo las bonificaciones que de forma periódica y mensual recibió durante todo el tiempo laborado; de ahí que, le adeuda los saldos insolutos de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, además del valor correspondiente a la liquidación final de prestaciones sociales y las demás acreencias deprecadas.

Que, el 29 de septiembre de 2015, a través de apoderado, envió comunicación escrita a la demandada, sin que, a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna (fls. 9-38 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S.**, dio contestación a la demanda oportunamente; se opuso a todas y cada una de las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el horario de trabajo y el salario pactado, que dijo no ser ciertos, aclarando que, los transportadores, desarrollan una actividad especial, por lo tanto, no tienen un horario definido, siendo el conductor, quien decide las horas de trabajo y descanso; además que, en el contrato de trabajo, que es ley para las partes, claramente se estipuló como sería cancelada la remuneración al actor, por los servicios prestados, siendo la certificación laboral presentada por él, un documento de confianza, entregado al demandante, para solicitar un crédito bancario. Propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y las demás que resulten probadas dentro del proceso (fls. 62-68 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de julio de 2022, el Juzgado diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la sociedad TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor GILDARDO ALONSO BERRÍO; se relevó del estudio de las excepciones propuestas, sin condena en costas para las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación, señalando que, no comparte el argumento expuesto por la a-quo, frente a la renuncia presentada por el trabajador, que, según la Juez de Instancia, no se dio con justa causa, toda vez, que en el documento *"entrevista de retiro"*, que obra en el expediente, al ser interrogado el actor, respecto a qué hubiera hecho para evitar su salida de la empresa, éste indicó que, si le hubieran pagado el básico más o menos puntual, no se hubiera retirado, pero como llevaba varios días sin recibir ni básico ni porcentaje indicó que le tocaba retirarse; que, también se solicitó el pago de la liquidación final del contrato, que, nunca recibió el trabajador, sin que pueda imponérsele la carga de la prueba, cuando debió ser el empleador, quien debió acreditar que efectivamente cumplió con las obligaciones legales a su cargo, a la finalización del vínculo laboral, limitándose el demandante, a realizar sus viajes y recibir la remuneración correspondiente, conforme a lo pactado, que era el básico más un porcentaje; que, la parte demandada, no allegó ninguna prueba, soportó su defensa con las pruebas aportadas en la demanda, donde obra una certificación laboral, expedida por la empresa, donde consta que el actor, no sólo recibía un básico, sino también un porcentaje, lo que no se desvirtuó en ningún momento por la demandada, quien tampoco absolvió interrogatorio de parte, lo que denota su falta de interés en las resultas del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el demandante, insistió en que se debe revocar la totalidad de la sentencia apelada, alegando una indebida apreciación de las pruebas por parte de la a-quo, quien desconoció que, se aceptó por parte de la demandada, la existencia del vínculo laboral y su terminación, siendo carga probatoria del empleador, presentar los medios de convicción suficientes para soportar las excepciones propuestas, lo cual no ocurrió en el presente caso, por lo que, reitera deben prosperar sus pretensiones, ante la falta de prueba del pago de la liquidación final de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo y la renuncia motivada por causas imputables al empleador.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar i) cuál fue el salario realmente devengado por el trabajador, ii) si realmente se acreditó o no el pago de las prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral; y iii) si la terminación del contrato de trabajo, por renuncia del trabajador, se produjo por justa causa imputable al empleador.

DEL SALARIO REALMENTE DEVENGADO POR EL TRABAJADOR

Alega la parte actora, en su recurso, que, dentro del proceso, quedó plenamente demostrado que devengaba un sueldo básico más un porcentaje constitutivo de salario; hecho que la demandada, no logró desvirtuar en el curso del proceso, ante su total desinterés y ausencia probatoria.

En cuanto a los conceptos que constituyen salario, entendido éste como la contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios, enseña el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127, lo siguiente:

> *"…ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones…"*

De la norma transcrita se entiende que todo pago hecho al trabajador no importa el concepto o definición que se le dé hace parte del salario. Ahora, el pago que se haga al trabajador debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios.

Y respecto de los pagos que no constituyen salario se ocupa el artículo 128 de este mismo Código cuando prevé:

> *"…ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el*

empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad..."

Esto quiere decir que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajador, no pueden considerarse salario, como bien es el caso de las indemnizaciones, viáticos, en los términos del artículo 130 del CST, pagos por mera liberalidad el empleador, etc.

De tal suerte, no es contrario a la ley que en una relación laboral un trabajador reciba pagos que la ley ha considerado que no constituyen salario, o que las partes han acordado no considerarlos como salario por no ser retributivos directamente del servicio.

La principal consecuencia de que un pago no constituya salario es que no se tenga en cuenta para el cálculo y pago de prestaciones sociales, aportes parafiscales y seguridad social, entendiendo como prestaciones sociales el conjunto de beneficios y garantías consagradas a favor de los trabajadores con el fin de cubrir algunos riesgos que se le presenten que tienen su origen y causa en la relación de trabajo y constituyen una contraprestación a cargo de los empleadores, y que por tanto se deben liquidar con base al salario promedio del trabajador y no entran a ser parte de la base los demás pagos que no sean definidos como salario.

En el presente caso, al plenario se aportaron como pruebas, contrato individual de trabajo a término indefinido, suscrito entre las partes, el 16 de octubre de 2012, para que el actor, se desempeñara como conductor, pactando como salario la suma de $566.700 mensuales y según el parágrafo de la clausula cuarta *"Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales o cualquier otra que reciba, durante la vigencia del contrato de trabajo, en dinero o en especie, no constituye salario"* (fls. 38-40 PDF).

Igualmente, se allegó acta de entrega de puesto de trabajo, de fecha 6 de febrero de 2015 (fls. 42-43 PDF); estado de cuenta Bancolombia, de marzo a junio de 2014, pero a nombre de una persona distinta al trabajador (fl. 45 PDF); reclamación del pago de prestaciones sociales, enviada por la apoderada del actor, a la demandada, el 29 de septiembre de 2015 (fls. 47 PDF); certificación expedida por TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., del 23 de abril de 2014, donde consta que el demandante, *"presta sus servicios como OPERADOR DE TRACTOCAMION en la modalidad de Hidrocarburos desde el 16 de octubre de 2012 hasta la fecha, devengando un salario mensual de OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE ($800.000) más auxilios NCS por valor de DOS MILLONES CUATROCINETOS MIL PESOS MCTE ($2.400.000) para un total de TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS ($3.200.000) y su contrato laboral es a término indefinido"* (fl. 49 PDF).

Al absolver interrogatorio que le formulara la a-quo, el demandante, informó que, trabajó para la demandada desde octubre de 2012 y hasta enero de 2015; que, era conductor de una tractomula de propiedad de la empresa demandada; que, siempre condujo el mismo vehículo, identificado con placa SZX603, que cuando entró a la empresa, lo sacó del almacén y sólo lo entregó cuando terminó el vínculo laboral; que, tenía un sueldo básico, que no recuerda si era de $650.000, más un porcentaje por viaje, entonces si por ejemplo hacia un viaje de Rubiales a Barranquilla, se ganaba $900.000, que era el porcentaje y se lo pagaban inmediatamente, era para su hospedaje y comida, mientras que el básico, lo recibía mensualmente; que, la empresa, manejaba las cuentas de lo que le daban para gastos de viajes, entonces cuando salía le daban $2.000.000 de los cuales $900.000 eran para él y el resto para peajes, lavada de carro, despinchar llantas, si le hacía falta la demandada, le devolvía el excedente, si sobraba se la dejaban ahí y en el siguiente viaje le descontaban; que, el día que se retiró de la Empresa, ya llevaban un mes sin cancelarle el básico, porque no había trabajo, no tenían para dónde enviar la tractomula a hacer carga, entonces, no podía esperar más y tuvo que buscar trabajo en otra empresa, entregó la tractomula; que, el básico de ese mes nunca se lo pagaron, tampoco recibió la liquidación; que, sí le pagaron la Seguridad Social, sobre el salario mínimo; que, tanto el salario básico como el pago de los porcentajes le era consignado en la cuenta de Bancolombia, de su esposa, porque él siempre estaba viajando y no tuvo tiempo para abrir una cuenta bancaria; que, nunca le pagaron horas extras; que, no tenía ayudante y siempre trabajó transportando petróleo crudo, generalmente a Barranquilla, regresaba vacío a Rubiales; que, no tenía descanso, ni horario para descansar, que él se organizaba para llegar a descansar a su casa en Villavicencio, pero trabajaba día y noche, llegaba a Barranquilla, descargaba y salía otra vez; que, la demandada, le adeuda el básico del último mes que trabajó, es decir, diciembre de 2014, que esa temporada la pasó todo el tiempo en Barranquilla, porque no le salió viaje para regresar a Rubiales; que, nunca le hicieron liquidación, ni le consignaron nada; que, sí le daban las primas, no recuerda si recibió cesantías.

La parte demandada, no se hizo presente a la audiencia de trámite prevista en el artículo 80 del CPTSS, razón por la cual, la Juez de Primera Instancia, decidió que los hechos susceptibles de confesión de la demanda, serían tenidos en cuenta al momento de decidir de fondo, salvo que admitieran prueba en contrario; no obstante, la a-quo, no identificó ni individualizó los hechos respecto de los cuales recaía dicha sanción, por lo tanto, no operó la confesión presunta, pues, como ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL7145 de 2015, reiterada en la SL3865 de 2017, para que opere la confesión ficta, es indispensable que el Juez de Primera Instancia, determine y especifique cuáles hechos de la demanda inicial son susceptibles de confesión, en los términos del artículo 191 del CGP, a fin de que la contraparte pueda ejercer eficazmente y de manera oportuna, sus derechos de defensa y contradicción.

Teniendo en cuenta las pruebas antes señaladas, considera la Sala, que, si bien se advierte que el actor, recibió un salario básico y un unos *"auxilios NCS"* (fl. 49 PDF), por los servicios prestados a la demandada como conductor de tractocamión; la parte actora, no logró demostrar, que como lo señaló en la demanda, estas sumas adicionales al salario básico correspondieran a un porcentaje del 10% por cada viaje, ni la periodicidad de dichos pagos, ni si estos eran habituales u ocasionales, menos aún si le fueron cancelados como contraprestación directa de sus servicios o estaban destinados para desempeñar a cabalidad sus funciones, pues, al responder las preguntas formuladas por la a-quo, el señor GILDARDO ALONSO BERRÍO, explicó que, por ejemplo, la empresa accionada, podía darle $2.000.000, de los cuales él sacaba un porcentaje por viaje que podía ser de $900.000 y el restante, reconoció que era para gastos del vehículo, y que, si hacía falta dinero para peajes o montallantas, la demandada, le devolvía la diferencia y si sobraba en el siguiente viaje se lo descontaba; además del estado de cuenta de Bancolombia (fl. 45 PDF), tampoco se podría definir tal situación, ya que, dicho extracto bancario, estaba a nombre de la esposa del accionante y pese a que éste aclaró que la accionada, le consignaba a esa cuenta porque él no tuvo tiempo para abrir una a su nombre, lo cierto es que, esta circunstancia le resta certeza a si los dineros allí consignados eran a favor del demandante o no.

Y es que, contrario a lo señalado por la parte actora, respecto a la carga probatoria, en la reclamación de salarios y prestaciones corresponde al trabajador demostrar el salario devengado; así las cosas, se reitera que, ante la imposibilidad de determinar si efectivamente el demandante, devengaba o no un porcentaje por viaje, y que éste correspondía a una retribución directa a los servicios prestados a la demandada, habrá de confirmarse la sentencia absolutoria apelada, en ese sentido.

DEL PAGO DE LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Otra de las inconformidades del demandante, es que, no se condenó a la demandada, al pago de la liquidación final de prestaciones sociales, pese a que ésta no acreditó haber cumplido con dicha obligación a la terminación del vínculo laboral.

Sabido es que, es obligación del empleador, el pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, como contraprestación del trabajo humano, que a la luz de lo establecido en los artículos 13 y 14 del CST, corresponden al mínimo de derechos y garantías a favor del trabajador, los cuales tienen el carácter de orden público, por ende, son irrenunciables, salvo las precisas excepciones legales y tienen una naturaleza privilegiada habida cuenta que pertenece a la primera clase de créditos, conforme dispone el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, razón por la cual su pago es preferente.

En el caso bajo estudio, alegó el demandante, que TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., no le canceló la liquidación de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, hecho éste que configuró una negación indefinida, que no podía demostrarse por quien la alega, en este caso el actor, sino que correspondía a la demandada, la carga de la prueba para desvirtuar tal situación, ya que, es el empleador, quien realmente puede demostrar que, si cumplió con su obligación, de pagar las acreencias laborales, al trabajador, al finalizar el vínculo laboral.

En ese orden de ideas, comoquiera que, la demandada, no allegó prueba alguna que acreditara el pago de las prestaciones sociales y vacaciones a favor del demandante, al finiquitar el contrato de trabajo, se revocará parcialmente la sentencia apelada, para en su lugar condenar a TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S., al pago de las siguientes sumas y conceptos, tomando como salario devengado por el actor , el mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta que no demostró el alegado en la demanda, que para el año 2014 era de $616.000 y para 2015, era equivalente a $644.350.

a) Por el **salario** del 1 al 21 de enero de 2015, la suma de $451.045.

b) Por el **auxilio de cesantías del 2014**, que debía la demandada, cancelar a la terminación del contrato de trabajo, la suma de $616.000.

c) Por el **auxilio de cesantías** de la fracción laborada en el 2015, $37.587.

d) Por los **intereses a las cesantías** proporcionales al año 2015, $236,11.

e) Por la **prima de servicios** proporcional del año 2015 $37.587.

f) Por la **compensación de las vacaciones** por la fracción del 2015 $18.793,54.

Igualmente, se condenará a la demandada, al pago de la **indemnización moratoria** del artículo 65 del CST, a razón de $21.478,33 diarios, a partir del 22 de enero de 2015 y hasta que se acredite el pago del salario y las prestaciones sociales adeudadas; pues, se reitera, la demandada, no acreditó haberle pagado al demandante, a la terminación del vínculo, los derechos laborales que le correspondían, ni justificó su incumplimiento, al punto que, se limitó a contestar la demanda, pero no allegó pruebas de su dicho, ni su representante legal asistió a las audiencias previstas en los artículos 77 y 80 del CPTSS, lo que configura un actuar de mala fe, que le impide exonerarse a la accionada, de dicha sanción.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO

Asegura la parte demandante, que, renunció por causas atribuibles a la demandada, quien no cumplió con el pago de las acreencias laborales a su favor.

Pues bien, cuando lo que se procura es la prosperidad de la declaración de un despido indirecto, es deber del Fallador, verificar, en armonía con la carga de la prueba que le incumbe al demandante, en los términos del artículo 167 del CGP: i) que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo provino del trabajador, ii) que el trabajador, hubiese comunicado al momento de la extinción del vínculo a su empleador, las causas o motivos que resultaron determinantes para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de trabajo, pues, más adelante no puede alegar hechos que no comunicó a la otra parte, y; iii) que se acredite la ocurrencia de las causales que fueron alegadas para finiquitar la relación laboral.

En efecto, para que surta efecto legal la terminación o lo que es lo mismo, para que se configuren las consecuencias jurídicas relevantes, es indispensable que los motivos aducidos sean necesariamente comunicados de manera **clara, precisa y por escrito** al empleador[1], entendimiento que ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias, entre las que vale la pena resaltar la decisión del 27 de enero de 2016 radicado 47375.

Cumplido ello, seguidamente le incumbe al trabajador, demostrar la ocurrencia de la justa causa o motivo que siendo imputable al empleador, fue lo que sin lugar a dudas direccionó la decisión de terminar el contrato de trabajo de manera anticipada, como lo ha sostenido la máxima Corporación de esta Jurisdicción en pronunciamiento del 5 de octubre de 2016 radicación 48885[2]; aspectos de relevante importancia, comoquiera que, también en palabras de la Corte Suprema de Justicia "*mientras el juez laboral no declare que la terminación del vínculo fue indirecto, vale decir, por causas imputables al empleador, se presume o entiende que fue voluntario por parte del trabajador*" (Sentencia del 7 de septiembre de 2016 radicado No. 46075).

---

[1] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de enero de 2016 radicado 47375, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. "Empero, existen ocasiones en la que, pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada. Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación. Y es que, en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo".

[2] Sentencia del 05 de octubre de 2016 radicación N° 48885.

En el presente caso, indicó el demandante, en el interrogatorio absuelto, que, para el mes de diciembre de 2014, se encontraba en Barranquilla, porque la empresa demandada, no había conseguido carga para que regresara a Campo Rubiales, y que, cuando tuvo la oportunidad, habló con su empleador, y le dijo que como no había carga, ni trabajo y tampoco le habían pagado el básico, tenía que renunciar para buscar trabajo y el sustento para su familia.

Igual manifestación hizo el demandante, en el documento *"entrevista de retiro"*, donde al preguntársele, respecto a qué hubiera hecho para evitar su salida de la empresa, éste indicó que, si le hubieran pagado el básico más o menos puntual, no se hubiera retirado, pero como llevaba varios días sin recibir ni básico ni porcentaje indicó que le tocaba retirarse.

Por lo anterior, aunque como ya se indicó se encuentra acreditado el incumplimiento de la demandada en el pago de los derechos laborales del trabajador a la terminación del contrato de trabajo, lo cual justificaría su decisión de finiquitar el vínculo laboral, a más de la entrevista de retiro, no existe en el plenario, prueba alguna de la que se puede extraer que el actor, le informó a su empleador, de manera escrita, las inconformidades o motivos por los cuales finalizaba el contrato de trabajo de manera unilateral; por lo tanto, éste no conoció las razones de terminación del mismo, ni tuvo la oportunidad de ejercer su defensa al respecto; por lo tanto, la demandada, nunca conoció de manera directa las razones que motivaron la renuncia del actor; requisito indispensable para declarar el despido indirecto y reconocer la indemnización deprecada; por lo que, se confirmará igualmente la sentencia apelada en ese sentido.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por el demandante.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 07 julio de 2022, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **TRANSPORTE LOGÍSTICO INTERNACIONAL DE CARGA S.A.S.**, a pagar a favor del señor **GILDARDO ALONSO BERRÍO**, las siguientes sumas y conceptos:

a) $451.045 correspondiente al salario del 1 al 21 de enero de 2015.

b) $616.000 por el auxilio de cesantías del 2014.

c) $37.587 por el auxilio de cesantías de la fracción laborada en el 2015.

d) $236,11 de intereses a las cesantías proporcionales al año 2015.

e) $37.587 de prima de servicios por la fracción del 2015.

f) $18.793,54 como compensación a las vacaciones del 2015.

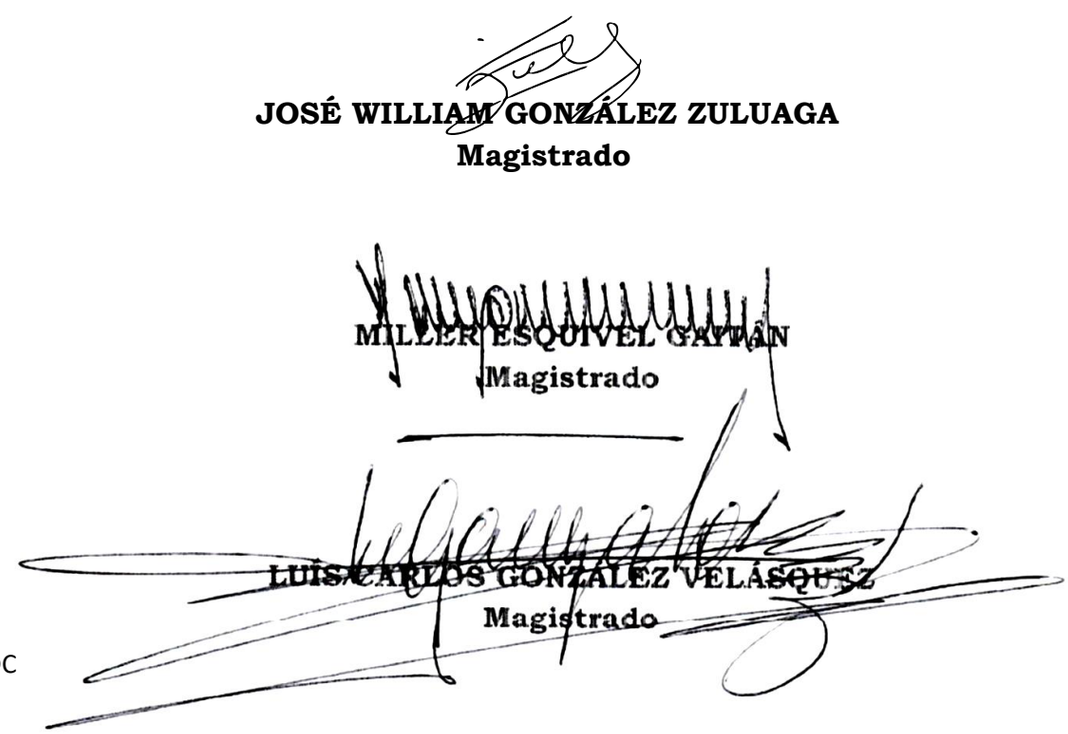
g) $21.478,33 diarios causados desde el 22 de enero de 2015 y hasta que se acredite el pago de las condenas impuestas en los literales a), b), c) y d) por concepto de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220106 3-01

SUMARIO ADELANTADO POR ÁNGEL MARÍA ORTIZ RODRIGUEZ CONTRA DE CAFESALUD EPS S.A. Y MEDIMAS EPS S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de marzo de 2022, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **ÁNGEL MARÍA ORTIZ RODRÍGUEZ** contra **CAFESALUD EPS S.A.** y **MEDIMAS EPS S.A.**

ANTECEDENTES

ÁNGEL MARÍA ORTIZ RODRÍGUEZ, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A., procedan al reembolso de $300.000 y $190.000 por los gastos en que incurrió en un tratamiento odontológico para su hija y beneficiaria en salud; que, se consigne ágilmente la suma adeudada; que, se le envíe una disculpa escrita por la forma negligente y grosera en que fue atendido y se sancione a la entidad por su renuencia al cumplimiento de sus deberes legales y la prestación efectiva del servicio de salud.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, su hija, presentó un fuerte dolor mandibular, por lo que, acudió a la EPS, donde mediante orden 181245520, se le ordenó procedimiento médico con una profesional contratada por la Entidad; sin embargo, llegado el día y hora de la consulta, no se había renovado el contrato de la profesional en saludo oral, por tanto, tuvo que pagar el procedimiento como paciente particular.

Refirió que, solicitó el reintegro del dinero que debía cumplir la entidad accionada, pero le solicitaron un plazo de 90 días, para hacer el pago,

tiempo durante el cual CAFESALUD EPS, cerró su sede en la ciudad de Bucaramanga, argumentando que se había liquidado y no podía responder por lo adeudado; que, desde el 04 de enero de 2018, solicitó la reposición de la deficiente decisión de negarle el reembolso, sin obtener respuesta alguna; que, recurrió a la acción de tutela, para que la EPS, fundamentara el rechazo a su solicitud, pero simplemente se limitó a negar el hecho; que, es la segunda vez en que CAFESALUD EPS incurre en la misma conducta, porque ya vivido una situación similar con otra de sus hijas (fls. 7-11 archivo 2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron oportunamente contestación a la demanda, en los siguientes términos:

MEDIMAS EPS S.A.S., se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando que el demandante, no ha radicado ninguna solicitud de reembolso ante esa EPS, razón por la cual, no ha podido analizar la pertinencia del pago pretendido y no es responsable por la inejecución o interés del señor Ortiz Rodríguez (archivo 03).

CAFESALUD EPS S.A., alegó que, no procede el reembolso solicitado, pues, el servicio de salud oral pagado por el actor, no corresponde a una urgencia vital, la EPS, autorizó el procedimiento, no se demostró negligencia o negativa injustificada de su parte, además, revisados los soportes de la demanda, no se allegó historia clínica, ni la factura correspondiente a los $190.000 reclamados, que permitan su reconocimiento por vía jurisdiccional. Propuso las excepciones de buena fe de CAFESALUD EPS al autorizar tratamientos y procedimientos para cubrir la patología de sus afiliados, no se demuestra incapacidad e imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de CAFESALUD EPS para el caso en concreto, ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, el pago del reembolso deberá estar conforme a lo dispuesto en el Manual Tarifario SOAT, y la genérica (archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 24 de marzo de 2022, accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, ordenándole a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, cancelar la suma de $300.000, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, respecto a

las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio; y, desvinculó a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada CAFESALUD EPS S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia, reiterando que no procede el reembolso ordenado, por no cumplir los presupuestos consagrados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, esto es, i) que el servicio brindado por la IPS no adscrita a la red prestadora de la EPS, se trate de una atención de urgencias, ii) que el servicio prestado haya sido autorizado por la EPS y iii) que haya existido por parte de la EPS incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud; adicionalmente alega que, no tuvo la oportunidad de contradecir el concepto técnico suscrito por la profesional del medicina, integrante del Grupo Interdisciplinario de la Delegada, que sirvió de sustento para la decisión de la a-quo, y que, mal puede afirmar la Primera Instancia, que valoró los hechos y pruebas, cuando CAFESALUD EPS, no contó con una etapa procesal para oponerse al concepto técnico o allegar el suyo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta acertada o no la decisión de la Juez de Instancia, en cuanto ordenó el pago de los dineros que el accionante, directamente por el servicio de salud dental, a favor de su hija, tuvo que cancelar como particular.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *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 hay 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.".*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

> ***"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.*** *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 IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS 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 el 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 tengas 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.".* (Negrilla fuera de texto)

La corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere al deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser

necesario practicar los exámenes necesarios para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Insiste la demandada CAFESALUD EPS, en su recurso, en que en el presente caso no se cumplen los requisitos legales para proceder al reembolso de los gastos médicos que reclama el accionante, pues, no se trató de una atención de urgencias, el servicio prestado fue autorizado por la EPS; no se acreditó incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud por parte de esa Entidad.

Al respecto, se allegaron al plenario como pruebas, factura de venta No. 601 de fecha 27 de abril de 2017, donde consta el procedimiento de *"EXODONCIA 28-38-48"*, practicado a Vivían Ortiz Oviedo, por la suma de $300.000; solicitud de reembolsos por gastos médicos, radicada el 21 de abril de 2017, por el actor, ante CAFESALUD, en su condición de cotizante; autorización de servicios No. 181245520, de CAFESALUD EPS, para Vivían Rocío Ortiz, como beneficiaria del demandante, para el procedimiento o intervención denominado exodoncia para 3 dientes; hoja de atención de la especialista maxilofacial Adriana Rincón, donde se advierte como tratamiento *"DIENTE INCLUIDO 28, 35, 48"* y plan de tratamiento *"SE SOLICITA AUTORIZACION PARA EXODONCIA QUIRUGICA DE 28, 38, 48"*; respuestas de CAFESALUD, negando la solicitud de reembolso presentada por el demandante, *"teniendo en cuenta lo estipulado en la normatividad vigente, según resolución No. 5261 de agosto 5 de 1994"*(archivo 02); formato de auditoría de Medimas EPS, según la cual el accionante, no ha realizado solicitud de reembolso alguna ante esa Entidad (archivo 03).

Igualmente, obra análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, *"Cafesalud EPS no demostró que para la fecha tuviera un convenio con la doctora Adriana Rincón Ramírez, ni que ella estuviera atendiendo efectivamente a los pacientes afiliados a esa EPS, por lo tanto, Cafesalud no desvirtuó lo referido en la demanda. En este caso se debe tener presente que el hecho de expedir una autorización no exime a la aseguradora de la responsabilidad de garantizar la realización efectiva de la tecnología que autoriza a través de su Red de prestadores. El no garantizar la realización efectiva del procedimiento autorizado en el prestador en el cual fue autorizado demuestra que Cafesalud EPS no garantizó accesibilidad, oportunidad, continuidad, ni integralidad en la atención en salud requerida (…) la EPS es la que tiene la obligación de garantizar calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia en la prestación de los*

servicios de salud a través de su red de prestadores; ya que es la EPS la que asume el riesgo transferido por el usuario al momento de su afiliación".

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, si bien es cierto, en el presente caso, medió una autorización para la realización de la exodoncia a la beneficiaria, hija del demandante, además no se produjo una atención de urgencias como advierte CAFESALUD, en su recurso; lo cierto es que, no le garantizó a la paciente, la atención médica requerida, pues, fue remitida a un médico experto en cirugía oral y maxilofacial, con quien esa Entidad, no había renovado el contrato de prestación de servicios, lo que, condujo a que el demandante, tuviera que cancelar el valor del tratamiento dental de su hija, como particular; demostrando con ello, una denegación del servicio y atención requerida por la beneficiaria del Sistema de Salud, a quien por trámites administrativos entre la EPS y su red de prestadores, no se le puede simplemente emitir una autorización médica, sin confirmar la efectiva prestación integral del tratamiento requerido, de manera oportuna, eficiente y con calidad.

Así las cosas, se impone confirmar la decisión de Primera Instancia, en ese sentido; aclarando a la accionada, que, el análisis, rendido en el curso del proceso, por la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, no es una prueba, que requiera contradicción de las partes, sino que, se trata de un concepto soporte de la decisión del a-quo, quien cuenta con un grupo interdisciplinario de profesionales, a efectos de hacer una verificación técnica a cada caso; de ahí que, no se advierta ninguna irregularidad, frente a la ausencia de traslado a la parte accionada.

En los anteriores términos queda resuelta la impugnación presentada por la parte accionada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 24 de marzo de 2022 dentro del proceso sumario laboral promovido por **ÁNGEL MARÍA ORTIZ RODRÍGUEZ** contra **CAFESALUD EPS S.A.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020220115201-01

SUMARIO ADELANTADO POR EDGAR SILVA ORDOÑEZ CONTRA EPS FAMISANAR S.A.S.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada EPS FAMISANAR S.A.S., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de abril de 2022, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **EDGAR SILVA ORDOÑEZ** contra **EPS FAMISANAR S.A.S.**

ANTECEDENTES

EDGAR SILVA ORDOÑEZ, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que la EPS FAMISANAR S.A.S., le reconozca y pague la suma de $33.093.472 por concepto de gastos de asistencia médica y otros que sufragó en una atención de urgencias.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 04 de agosto de 2020, se sintió muy indispuesto y fue trasladado por su esposa, Cecilia Quiñonez, a la Clínica de Occidente en Bogotá; que, cuando ingresó le preguntaron a qué EPS, se encontraba afiliado, respondiendo que desde hace años, se encontraba en el regimen subsidiado, pero al verificar, los funcionarios de la Clínica, le manifestaron que se encontraba retirado de CAPRECOM, y no contaba con ninguna afiliación, por lo que, ese mismo día, lo vincularon a la EPS FAMISANAR, ya que tenía convenio con la Clínica y realizaba el desembolso más rápido.

Refirió que, decidieron hospitalizarlo, para lo cual llamaron a su acompañante a la caja, para que hiciera un abono por adelantado por hospitalización por $1.200.000; que, efectuado el pago, le expidieron las órdenes médicas para practicarle exámenes y un procedimiento quirúrgico en UCI, a través del cual pudieron diagnosticarle una *"isquemia mesentérica venosa, trombosis venosa portal";* que, el 05 de agosto de 2020,

le solicitaron otro pago por $2.000.000, y le indicaron que a las 24 horas siguientes le harían la cirugía para cerrar el abdomen; no obstante, ello no ocurrió; que, el 06 de agosto de 2020, nuevamente le pidieron cancelar $6.000.000, pero aún se encontraba en la UCI INTERMEDIA, con el abdomen abierto y al preguntar por qué no le habían hecho la cirugía, le contestaron que era porque su familiar no había realizado el pago requerido.

Manifestó que, ante la imposibilidad de obtener más recursos, sus familiares, le solicitaron a la Clínica de Occidente, hacer el recobro de las prestaciones económicas a la EPS FAMISANAR, pero respondieron que, el paciente no tenía cobertura asistencial, sino hasta el 01 de octubre de 2020, es decir, 2 meses después de su afiliación, razón por la que, se realizaron 2 pagos, uno por $3.500.000 y otro de $2.500.000, pero, el siguiente pago fue solicitado el 14 de agosto de 2020 por $3.000.000 y para el 17 de agosto de 2020, se hizo otro por $5.000.000; que, el último pago fue hecho el 18 de agosto de 2020, por $2.043.047, emitiéndose el 18 de agosto de 2020, factura consolidada por los servicios de urgencias prestados y hospitalización de 14 días, por un valor total de $33.093.472.

Que, el 17 de septiembre de 2020, presentó reclamación ante la EPS FAMISANAR, para obtener el reembolso y/o reconocimiento económico por los gastos médico – quirúrgicos en que incurrió, petición que le fue negada por la accionada, alegando que conforme a la resolución 05621 de 1994, la solicitud de reembolso debía hacerse dentro de los 15 días siguientes al alta del paciente, por lo tanto, su solicitud era extemporánea; que, el 22 de septiembre de 2020, presentó derecho de petición, solicitando información del motivo por el cual la CLÍNICA DE OCCIDENTE, no había solicitado el recobro de los gastos médicos y le fue informado que *"la funcionaria Mariana Barbosa de la Eps Famisanar indica que el señor Edgar Silva Ordoñez se encuentra en estado de traslado y que tendrá cobertura a partir del 01 de octubre de 2020. Por tal motivo el pago de las atenciones son responsabilidad del usuario"*.

Que, se encontraba afiliado al Sistema General de Salud, de ahí que, su solicitud de reembolso es viable, máxime cuando es una persona de escasos recursos y adquirió una deuda con cada miembro de su familia, para cubrir el valor de su atención médica (archivo 01 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **EPS FAMISANAR S.A.S.**, dio contestación a la demanda y, se opuso a la prosperidad de la pretensión, argumentando que, esa EPS, le ha garantizado al actor, el acceso a los servicios de salud, teniendo en cuenta la patología que presentaba; además indicó que, la petición de reembolso, fue radicada de manera extemporánea y no es

procedente, pues, no se realizaron las autorizaciones correspondientes por el usuario, ni la IPS, siendo su decisión tomar el servicio de forma particular; que, tampoco se evidencia un formato de negación del servicio, no existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada, que justifique la devolución pretendida. Propuso la excepción de no procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley (archivo 07).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 21 de abril de 2022, accedió a la pretensión formulada por el demandante, ordenando a FAMISANAR EPS, reconocer y pagar a la actora, la suma de $33.093.472, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia (archivo 08).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la EPS FAMISANAR S.A.S., interpuso recurso de apelación, insistiendo que, le garantizó al demandante, el acceso a los servicios de salud, generando las correspondientes autorizaciones por los servicios requeridos; que, esa EPS, se ciñe a lo contemplado en las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que, no procede la solicitud de reconocimiento económico, por no cumplir con los preceptos y condiciones contempladas en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994, ya que, se presentó de manera extemporánea, las órdenes médicas no fueron puestas en conocimiento de esa Entidad, como tampoco se recibieron solicitudes de autorización por el prestador, que llevó a cabo el procedimiento, lo que demuestra que, FAMISANAR, no ha negado el servicio, sino que, el usuario decidió recibir atención de manera particular (archivo 09).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6

disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si resulta procedente o no el reembolso reclamado por la parte actora, en los términos en que fue concedido por la a-quo.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6 de la Ley 1949 de 2019, consagra:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *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.*

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

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…"

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. *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 IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS 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 el 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 tengas 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.".* (Negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere el deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs***

> ***para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes requeridos para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Alega la accionada, en su recurso, que no procede el reembolso de los gastos médicos en que incurrió el actor, por la atención de urgencias y hospitalización, pues, presentó de forma extemporánea e incompleta su solicitud de pago; además, no se solicitó ni por el paciente, ni por la IPS autorización para la atención médica requerida, lo que demuestra que fue su intención acceder a los servicios de forma particular y no existe prueba de la denegación del servicio de salud, por parte de la EPS.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, los recibos de caja 887386, 887364 y 887365 del 04 de agosto de 2020, por $1.200.000, $137.390 y $25.400; 887469 del 05 de agosto de 2020 por $6.000.000; 887733 y 887731 del 06 de agosto de 2020, por $2.639.635 y $6.000.000; 887921 del 08 de agosto de 2020, por $5.000.000; 888270 y 888296 del 11 de agosto de 2020 por $3.500.000 y $2.500.000; 888733 del 14 de agosto de 2020 por $3.000.000; 88899 del 17 de agosto de 2020 por $5.000.000; 889147 del 18 de agosto de 2020 por $2.043.047; epicrisis No. 303664 de la Clínica de Occidente, donde consta el ingreso por urgencias del accionante, el 04 de agosto de 2020, con dolor abdominal, la orden de hospitalización y procedimientos realizados; facturas de venta

No. FE1071923 y FE1071925, del 04 de agosto de 2020 por $137.390 y $25.400, factura de venta No. FE1075996 del 18 de agosto de 2019 por un valor total de $32.882.682 (archivo 01).

Igualmente, se incorporaron al proceso, derecho de petición, presentado por el demandante, solicitando el reembolso de gastos médicos a la EPS FAMISANAR y su correspondiente respuesta negativa *"debido a que presentó la documentación de manera extemporánea, superando el plazo máximo estipulado para tal fin"*, derecho de petición radicado por el actor, ante la Clínica del Occidente, indagando por qué no se solicitó el pago de los servicios de salud a la EPS FAMISANAR, sino a los familiares del paciente, a lo que esa Institución dio respuesta a través de comunicación del 05 de octubre de 2020, indicando que, *"Como parte del proceso de atención Famisanar informó telefónicamente que tendría cobertura a partir del 01 de octubre de 2020 ya que el paciente se encontraba en traslado, (…) por tal motivo el pago de las atenciones son responsabilidad del usuario"*; certificación afiliación FAMISANAR EPS, donde se advierte la activación de los servicios del demandante, desde el 04 de agosto de 2020, como cotizante (archivo 01); formulario único de afiliación y registro de novedades al SGSSS, de FAMISANAR EPS (archivos 06 y 07); informe de autorizaciones activas por afiliado (archivo 07).

Asimismo, en el curso del proceso, rindió análisis del caso la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, se debe ordenar el reconocimiento económico reclamado por el demandante, pues, FAMISANAR EPS, incurrió en *"conductas de negativa injustificada y negligencia demostrada para con su usuario el señor EDGAR SILVA ORDOÑES al negar la cobertura del aseguramiento en salud para la atención de urgencias que le prestó la Clínica de Occidente de Bogotá con inicio el día 04/08/2022 y egreso el día 18/08/2020 y con ello impuso carga injusta al aquí demandante, quien para garantizar la prestación que de forma urgente requería tuvo que asumir directamente el valor de los servicios de salud, y con ello se materializó el incumplimiento de FAMISANAR EPS del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 obligaciones legales de aseguramiento en salud en concordancia con la Ley 1751 de 2015 artículos 6, 8, 10, 11 y 14 además la Circular Externa 35 de 2018 del Minsalud que ordena a los actores del SGSS en las prestaciones de salud garantizar a los usuarios los principios de integralidad, oportunidad y continuidad"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que, hubo una denegación injustificada del servicio de salud a favor del demandante, quien no sólo requería la atención médica de urgencias, sino las imágenes diagnósticas y procedimientos quirúrgicos, además de la hospitalización durante 14 días para su recuperación, que la EPS FAMISANAR S.A.S., le negó, alegando que se encontraba en trámite el traslado del paciente, por

lo que sólo tendría cobertura a partir del 01 de octubre de 2020, en contravía de lo establecido en el artículo 2.1.3.4 del Decreto 780 de 2016, según el cual *"El afiliado podrá acceder a todos los servicios de salud del plan de beneficios desde la fecha de su afiliación o de la efectividad del traslado de EPS o de movilidad. Las novedades sobre la condición del afiliado en ningún caso podrán afectar la continuidad de la prestación de los servicios de salud"*

No obstante, ante la evidente negativa de la accionada, para cubrir el valor de los gastos correspondientes a la atención y hospitalización del accionante, éste se vio obligado a pagar, como particular, los servicios médicos ante la Clínica de Occidente, ante el riesgo que corría su vida y salud, ya que, requería de atención inmediata.

Tampoco, resulta válido para la Sala, el argumento de la demandada, en cuanto a que la petición de reembolso se radicó de forma extemporánea, pues, no puede escudarse la accionada, en el incumplimiento del actor, en un requisito meramente formal, como es la radicación de la petición de recobro, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que el paciente, es dado de alta; para justificar el incumplimiento de una obligación de carácter legal y donde se encuentra de por medio la protección de derechos de carácter fundamental como la vida y salud de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas, al encontrarse plenamente demostrada la negación injustificada del servicio de salud requerido por el demandante, que lo obligó a asumir directamente y como particular los servicios de urgencias y hospitalización, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que ordenó la devolución de los dineros cancelados por éste a la Clínica de Occidente, lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en la Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

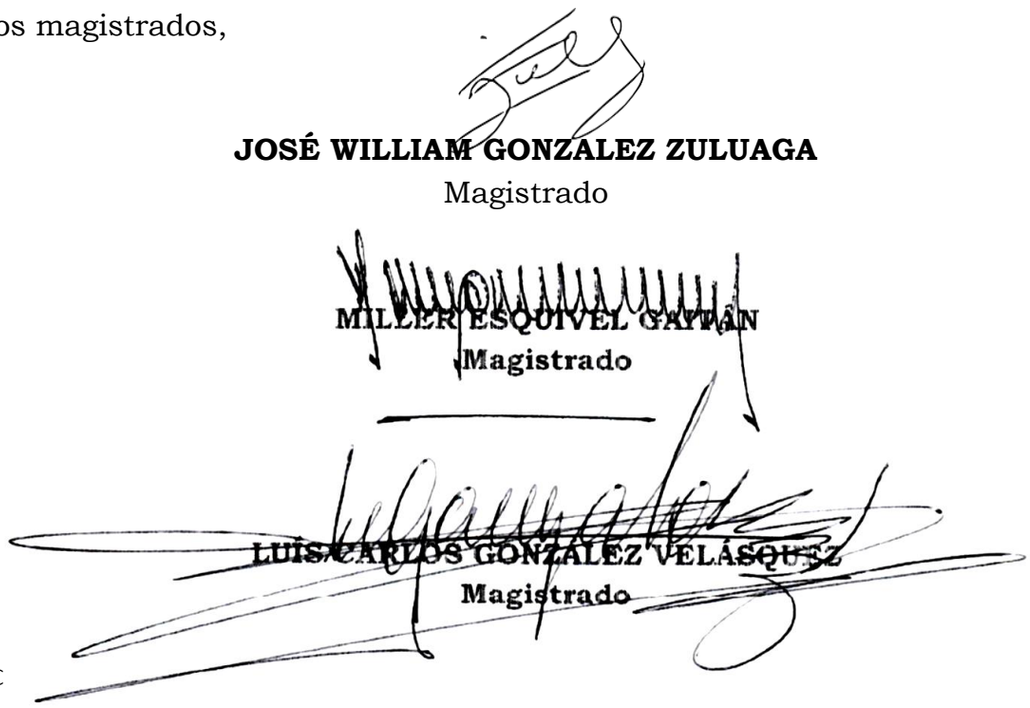
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 21 de abril de 2020, dentro del proceso sumario laboral promovido por **EDGAR SILVA ORDOÑEZ** contra **EPS FAMISANAR S.A.S.**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

Proceso: 11001220500020210169701

SUMARIO ADELANTADO POR LUZ MARINA JUDITH NOVOA DE PERDOMO CONTRA SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de octubre de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario laboral promovido por **LUZ MARINA JUDITH NOVOA DE PERDOMO** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**

ANTECEDENTES

LUZ MARINA JUDITH NOVOA DE PERDOMO, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que, SALUD TOTAL EPS-S S.A., proceda al reconocimiento económico de la suma de $1.500.000, correspondiente a los gastos en que incurrió en la aplicación intravítrea del medicamento aflibercert, segunda dosis, en la continuación del tratamiento de urgencia iniciado el 27 de noviembre de 2017, en el Centro Especializado de Retina y Vitreo, del médico Orlando Ustáriz González, oftalmólogo especializado, con tarjeta profesional 77169702, ubicado en la ciudad de Bogotá.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 26 de octubre de 2017, el médico Jaime Fernández Matallana, oftalmólogo adscrito a Salud Total EPS-S S.A., le entregó una orden de remisión con carácter urgente, para valoración por retinología, en la Clínica Los Nogales, porque notaba una degeneración macular en ambos ojos, pero más avanzada en el ojo izquierdo, con diagnóstico de membrana neovascular coroide activa bilateral; que, a partir del 26 de octubre de 2017 hasta el 24 de noviembre del mismo año, llamó todos los días, al número telefónico de asignación de citas de la Clínica Los Nogales, siendo atendida por

diferentes operadores, quienes le daban la misma respuesta *"no tenemos agenda disponible para retinología, continue llamando a ver si alguien cancela una cita"*.

Refirió que, ante la inminente pérdida de su visión del ojo izquierdo, tomó la decisión de asistir a un retinologo particular, el 20 de noviembre de 2017, quien confirmó el diagnóstico presuntivo del oftalmólogo de la EPS; que, dentro de la consulta fue valorada por optometría y además le realizaron una tomografía óptica de mácula y fibras nerviosas, concluyendo que había un riesgo de pérdida de la visión, por riesgo de hemorragia ocular y/o desprendimiento de retina; que, el tratamiento recomendado por el médico particular, era la aplicación de una inyección intravítrea llamada Leyla (sic) – aflibercept, en 3 dosis, cada 30 días, pero, la segunda dosis podría esperar 2 meses.

Que, ante las continuas negativas de agendar la cita de retinología, tomó la decisión de pagar la primera dosis del medicamento, al médico Orlando Ustáriz González, cancelándole por honorarios profesionales y aplicación del medicamento, $3.220.000, de los cuales $220.000 eran por la consulta y $3.000.000 por la inyección, debiendo aplicar la segunda dosis, el 27 de enero de 2018; que, insistió en conseguir la cita de retinología en la Clínica Los Nogales, hasta que logró que la remitieran a la Fundación Oftalmológica Nacional, donde fue valorada el 27 de enero de 2018, ordenándole una nueva tomografía de mácula y una angiografía, con sello de prioritario, y nueva consulta con resultados, comenzando un *"calvario"* nuevamente con la EPS, para que le dieran las autorizaciones.

Indicó que, el 29 de enero de 2018, radicó las órdenes para autorización; que, el 06 de febrero del mismo año, acudió a la Superintendencia de Salud, para insistir en el carácter prioritario de las órdenes y poder pedir las respectivas citas, las cuales le fueron agendadas para el 26 de febrero y 07 de marzo de 2018, pero, como debía aplicarse la segunda dosis del medicamente el 27 de enero de 2018 y no pudo agilizar las citas, acudió nuevamente al médico particular, el 12 de febrero de 2018, para la aplicación del aflibercept, cancelando de sus propios recursos $1.500.000, siendo más económico en esa oportunidad, porque compartió el pago con otro paciente que también requería la misma ampolleta.

Que, el 07 de marzo de 2018, acudió a la cita programada en la Fundación Oftalmológica Nacional, IPS adscrita a la accionada, donde el médico Francisco Rodríguez, revisó todos los exámenes y la historia clínica enviada por el especialista particular, concluyendo que el tratamiento estaba muy bien realizado, que, había disminuido en un 50% la inflamación del ojo izquierdo, pero que, entre la aplicación de la primera y segunda dosis de la inyección, había transcurrido mucho tiempo, por lo que, le autorizó seguir con el mismo medicamento, pero, cada 30 días; que, le ordenó 2 ampolletas más de aflibercept de 2 mm y solicitar la sala de cirugía para FUNDONAL,

la cual debía ser autorizada por SALUD TOTAL EPS-S S.A., quien no le garantizó el servicio en la oportunidad que requería (fls. 1-5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, dio contestación oportuna; se opuso a la pretensión de esta acción e indicó que, esa Entidad, siempre le ha prestado los servicios de salud, de manera oportuna y eficiente a la actora; que, las citas no fueron asignadas debido al alto porcentaje de afiliados que son revisados por la especialidad, lo que hace que la asignación de la agenda no sea al día siguiente de la autorización del servicio; sin embargo, se le indicó a la actora, que estuviera en constante comunicación para poder asignarle una cita tan pronto fuera posible, pero ella decidió consultar un médico particular y asumir el pago de unos procedimientos, con sus propios recursos, razón por la cual no procede el reembolso deprecado, ya que, en ningún momento hubo una negación al acceso de los servicios médicos a favor de la demandante; y, de acceder a lo solicitado, se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos (fls. 44-50).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante sentencia del 26 de octubre de 2020, accedió a la pretensión de la demandante, ordenándole a SALUD TOTAL EPS-S S.A., reconocer y pagar la suma de $1.500.000 dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que el reembolso ordenado no cumple con los requisitos del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, toda vez que esa EPS, autorizó los servicios de salud que requería la actora; además, se encuentra imposibilitada para asumir costos de servicios ordenados por médicos particulares y en Instituciones no adscritas; que, tampoco se acreditó de forma fehaciente la supuesta tardanza en la prestación de servicio; además que la solicitud de recobro se presentó de manera extemporánea, debiéndose revocar y absolver a esa Entidad, de la condena impuesta.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir de fondo el presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1], en concordancia con el numeral 2 del artículo 34 del Decreto 1080 de 2021, que modificó la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, determinando como funciones del Despacho del Delegado para la Función Jurisdiccional y de conciliación, *"2. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo en primera instancia y con las facultades propias, de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6o de la Ley 1949 de 2019, y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan".*

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si procede o no la devolución de los costos en que incurrió la demandante, en la atención y tratamiento de su enfermedad visual, como lo determinó la Juez de Instancia, o si le asisten la razón a la EPS accionada, en cuanto al no cumplimiento de los requisitos legales para acceder al mismo.

DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS

En materia de reconocimiento de devolución de dineros frente a los gastos en que incurre el afiliado, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, norma vigente para la época de los hechos, consagraba:

> *"Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:*
>
> *(…)*
>
> *b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:*

1 Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

> *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 hay 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.".*** (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud *"Por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimiento del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud"*, establece que:

> ***"ARTÍCULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.*** *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 IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS 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 el 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 tengas 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.".* (Negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia T-460 de 2012 refiere el deber que tienen las EPS de prestar el servicio de salud de manera, oportuna, eficiente y de calidad, a través del principio de integralidad, así;

> *"El principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología". De igual modo, se dice que* ***la prestación del servicio en salud debe ser: Oportuna: indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el***

> ***derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado. Eficiente: implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir; lo cual incluye por ejemplo, el acceso a los medicamentos en las IPS correspondientes a los domicilios de los usuarios, la agilización en los trámites de traslado entre IPSs para la continuación de los tratamientos médicos de los pacientes, la disposición diligente de los servicios en las diferentes IPS, entre muchos otros. De calidad: esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas, contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes. En consecuencia, la materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio,*** *dentro de los que se incluye lógicamente la entrega de los medicamentos en la IPS del domicilio de los pacientes, debe realizarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, sin que los trámites administrativos dificulten o retrasen el acceso a los servicios de salud, ya que de lo contrario se verían vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida y la salud de los usuarios del sistema.".* (Negrilla y subrayado destacado por la Sala)

Con lo anterior, es claro que el servicio de salud, se debe prestar en un tiempo y modo beneficioso, ello con el fin de que no se amenace gravemente la salud de la persona que debe someterse a un intenso dolor o al deterioro de su patología, pues, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran los usuarios, con calidad, eficacia y oportunidad, máxime, cuando el estado de una enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, de ser necesario practicar los exámenes requeridos para garantizar el diagnóstico y el seguimiento, para el restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que impidan llevar su vida en mejores condiciones.

DEL CASO EN CONCRETO

Alega la accionada, en su recurso, que no procede el reembolso de los gastos médicos en que incurrió la actora, pues, nunca le ha negado el acceso a los servicios de salud requeridos por ella; además que, su petición de devolución de dineros, no cumple con los requisitos legales y se presentó de manera extemporánea.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, autorización de consulta médica especializada No. 67129255, expedida por la IPS Virrey Solís, el 26 de octubre de 2017, remitiendo a la actora a *"CONSULTA ME ESPECIALIZADA -RETINOLOGO – (890202) PACIENTE CON REPORTE ANGIOGRAFICO DE MACULOPATIA MIOPICA CON MEBRABA NEOVASCULAR COROIDEA ACTIVA OI. SS VALORACION"* (fl. 10); Historia

Clínica del médico Orlando Ustáriz González, donde consta la atención de la actora, el 20 de noviembre de 2017, para valoración oftalmológica, por inflamación en la mácula, diagnosticándole un despegamiento del EPR, degeneración macular relacionada con la edad y membrana neovascular coroidea actica, sugiriendo la aplicación de inyección intravítrea de eylia – aflibercept, ojo izquierdo, bajo anestesia local, la cual le fue inmediatamente aplicada (fls. 6-7); autorización de servicios No. 8237082 de SALUD TOTAL EPS-S S.A., del 07 de febrero de 2018, para *"consulta md especializada retinólogo"*, en la Fundación Oftalmológica Nacional (fl.11).

También, se aportaron las órdenes expedidas el 27 de enero de 2018, por el médico oftalmólogo de la Fundación Oftalmológica Nacional, para tomografía óptica y control de retina y vitreo (fls. 14-16); historia clínica Fundación Oftalmológica Nacional (fl. 17); nota operatoria firmada por el médico oftalmólogo Orlando Ustáriz González, de fecha 12 de febrero de 2018, donde consta la aplicación de inyección intravítrea de aflibercept y control del mismo médico del 05 de marzo de 2018 (fls. 8-9); factura de venta No. 514 del 05 de marzo de 2018, expedida por Orlando Ustáriz, por concepto de *"APLICACIÓN INYECCIÓN INTRAVÍTREA OI REALIZADA EL DIA 12 DE FEBRERO DE 2018"*, por la suma de $1.500.000 (fl. 14); quejas presentadas por la actora, con su correspondiente respuesta (fls. 18-22); autorizaciones y servicios prestados a la demandante, por SALUD TOTAL EPS, de marzo de 2018 en adelante (fls. 23-31); relación de aportes realizados por la señora Novoa de Perdomo a la demandada (fls. 51-53).

Asimismo, en el curso del proceso, rindió análisis del caso la Profesional Especializada adscrita a la Superintendencia Nacional de Salud Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación, en el cual se concluye que, *"el cuadro clínico presentado por la señora Luz Marina Judith Novoa de Perdomo secundario al Desprendimiento de retina y a la Degeneración de la Mácula y del polo posterior de ojo era una URGENCIA OFTALMOLOGICA, ya que de no tratarlo inmediatamente o en si defecto precozmente, le produciría a la paciente un deterioro significativo o pérdida irreversible de la visión, es decir, ceguera parcial o total. Se debe resaltar que tanto el oftalmólogo adscrito a la EPS como el oftalmólogo que valoró a la paciente particularmente, coincidieron en los diagnósticos y que requería de una atención prioritaria. Es compresible que, ante la imposibilidad de ceguera y la inoportunidad por parte de la red de prestadores de Salud Total EPS, la señora Luz Marina Judith Novoa de Perdomo hubiera acudido al Retinólogo que la venía manejando como paciente particular con el fin de continuar con el tratamiento en los tiempos por él ordenados"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto ordenó a la demandada, cancelar el valor de los gastos en que incurrió la actora, por la aplicación de la segunda dosis del medicamento que requería para aliviar su dolencia visual, y es que, quedó plenamente demostrada la falta de atención

oportuna a su requerimiento de atención prioritaria por un médico especialista en retinología y la aplicación de los respectivos medicamentos; nótese como, aceptó la misma EPS accionada, en su escrito de contestación, que, la consulta médica le fue autorizada a la demandante, sin embargo, *"las citas no fueron asignadas debido al alto porcentaje de afiliados que son revisados por esta especialidad"* (fl. 45); excusa que en nada justifica, la negación del servicio de salud, que requería la demandante, según criterio médico, con urgencia, ante el riesgo inminente de perder la visión debido a la inflamación de la mácula de su ojo izquierdo.

Y es que, no basta con que las EPS, expidan autorizaciones, sino tienen la capacidad en su red de prestadores, para garantizar los servicios médicos que se ordenan a través de ellas; alegar una alta demanda, del servicio especializado de retinología, trasladando al paciente, la obligación de estar constantemente comunicándose para *"poder asignarle una cita tan pronto como fuera posible u se liberara u otorgara un cupo"*, sólo denota la incapacidad de SALUD TOTAL EPS-S S.A., de cumplir oportunamente con los requerimientos médicos de sus afiliados.

Así pues, ante la evidente negligencia de la accionada, para programarle a la actora, la cita médica por retinología, que ésta necesitaba de forma prioritaria, resulta apenas obvio que la señora Novoa de Perdomo, haya tomado la decisión de asumir directamente, el pago de los medicamentos que le fueron formulados por el médico especialista particular, en aras de obtener una pronta mejoría de su salud y evitar cualquier riesgo de pérdida de la visión

Tampoco, resulta válido para la Sala, el argumento de la demandada, en cuanto a que la petición de reembolso se radicó de forma extemporánea, pues, no puede escudarse la accionada, en el incumplimiento de la actora, en un requisito meramente formal, como es la radicación de la petición de recobro, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que la paciente, es dada de alta; para justificar el incumplimiento de una obligación de carácter legal y donde se encuentra de por medio la protección de derechos de carácter fundamental como la vida y salud de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Resultan entonces suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 26 de octubre de 2020 dentro del proceso sumario laboral promovido por **LUZ MARINA NOVOA DE PERDOMO** contra **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502620190057901

En Bogotá D.C., hoy diez de noviembre (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 16 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN CLIMACO ARBELAEX ESCALLON CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL.**

ANTECEDENTES

JUAN CLIMACO ARBELAEX ESCALLON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL. Para que declare Se declare que COLPENSIONES debe computar en debida forma lo tiempos en el que laboró y cotizó en AERODESPACHOS DE COLOMBIA S.A, así: Del 16 de octubre de 1982 al 17 de octubre de 1982, del 01 de noviembre de 1982 al 30 de septiembre de 1983 y del 01 de octubre de 1983 al 31 de diciembre de 1984., que se declare que COLPENSIONES se debe allanar a la mora del empleador DE CASTRO ROBLES CLAUDIO con número patronal 1008219982, por el tiempo que trabajó en el periodo comprendido del 03 de marzo de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994. Como consecuencia de lo anterior, se declare que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es decir, al 1 de abril de 1994., que se

declare puede regresar en cualquier tiempo al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, de conformidad a lo establecido en la Sentencia de unificación de la Corte Constitucional Su 062 de 2010.,
Que por consiguiente se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones con PORVENIIR S.A y su posterior vinculación con OLD MUTUAL, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas; que se declare que PORVENIR S.A y OLD MUTUAL, no le informaron sobre los términos del traslado entre regímenes pensiones, las ventajas, y desventajas y riesgos del mismo, según lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. Que como consecuencia de lo anterior se declare que OLD MUTUAL, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos, con todos los detalles del traslado de aportes a COLPENSIONES, actual administradora de pensiones del RPMPD; que se declare que COLPENSIONES, en efecto de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación al RAIS, debe activar su afiliación en el RPMPD, aceptar y recibir el traslado de todos sus aportes. Finalmente solicito que se condene a COLPENSIONES a computar en debida forma los tiempos que laboró y cotizó en AERODESPACHOS DE COLOMBIA S.A, así: Del 16 de octubre de 1982 al 17 de octubre de 1982., del 01 de noviembre de 1982 al 30 de septiembre de 1983 y del 01 de octubre de 1983 al 31 de diciembre de 1984; que se condene a COLPENSIONES a allanarse a la mora del empleador DE CASTRO ROBLES CLAUDIO con número patronal 1008219982, por el tiempo que el trabajo, periodo comprendido del 03 de marzo de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994; que se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios ultra y extra petita y que se condene COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y la SOCIEDAD OLD MUTUAL, a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 22 de junio de 1956, que tiene 62 años de edad, que estuvo afiliado al RPMPD, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 26 de mayo de 1987., indicó que durante su vinculación al ISS, realizó aportes al sistema, hasta el año 1994, con los siguientes empleadores: AERODESPACHOS COLOMBIA AMERICAN AIRLINES, AERODESPACHOS DE COLOMBIA S.A., CONSULTORES DE SEGUROS AMERICAN AIRLINES JJCA REPRESENTACION CASTRO ROBES CLAUDIO; que cotizo más de 750 semanas, reveló que lo anterior lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993; informó que en la historia laboral unificada de la COLPENSIONES- no aparecen computados los tiempos que trabajo para AERODESPACHOS DE COLOMBIA S.A., en el periodo comprendido del 16 de octubre de 1982 al 17 de octubre de 1982 y del 01 de noviembre de 1982 al 31 de diciembre de 1984., que los anteriores periodos cotizados a servicio de AERODESPACHOS, si

aparecen relacionados en la historia laboral tradicional, sin que se evidencia que haya mora el pago; que aunado a lo anterior, en el periodo comprendido del 03 de marzo de 1987 al 31 de diciembre de 1994, tiempo que trabajo para el empleador DE CASTRO ROBLES CLAUDIO, este realizó la afiliación más no realizó el aporte a pensión, por lo que se encuentra en mora. explicó que 8. COLPENSIONES, no ha iniciado las acciones pertinentes para el pago de dichos aportes.

Señaló que estaba afiliado al RMPD, administrado por el ISS, cuando fue trasladado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A., antes HORIZONTE S.A., EL 1 de diciembre de 1998; que el 01 de diciembre de 1998, se dio de alta la afiliación en pensiones con PORVENIR S.A., que fue trasladado desde el RPMPD; afirmó que PORVENIR S.A., al momento de la Afiliación no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS, con respecto a temas tales como: Régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que era beneficiario de este por tener más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que si cumplía 60 años edad podría acceder a una pensión de vejez , en los términos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990., que el traslado de régimen pensional, le haría perder los beneficios de la transición a la cual tenía derecho; expuso que la AFP PORVENIR S.A., le brindó información sobre las ventajas del RAIS, pero en ningún momento le informó sobre las desventajas del mismo ni las diferencias existentes entre los regímenes pensionales; expresó que posteriormente el 04 de junio de 2001, se trasladó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OLD MUTUAL S.A., antes SKANDIA S.A., indicó que le brindó información sobre las ventajas del RAIS, pero que no fue instruido sobre las desventajas del mismo ni las diferencias.

Indicó que el día 27 de diciembre de 2018, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de su copia del expediente administrativo; que el 27 de diciembre de 2018, mediante derecho de petición se solicitó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESATÍAS, que suministrara copia de los documentos en los que constara la afiliación y la información que se le brindo al momento de la afiliación, copia de la historia laboral con los aportes realizados, así mismo una proyección del monto de la mesada pensional en los dos regímenes pensionales; que el 27 de diciembre de 2018, mediante derecho de petición le solicitó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, que suministrara copia de los documentos en los que constara la afiliación y la información que le brindaron al momento de la afiliación, copia de la historia laboral con los aportes realizados y que se realizara una proyección del monto de la mesada pensional en los dos regímenes pensionales. Informó que posteriormente el día 02 de enero de 2019, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES V CESANTÍAS PORVENIR S.A, allegó por medio de correo electrónico, respuesta a la

petición elevada el 27 de diciembre de 2018 adjuntando; copia de la historia laboral y formulario de afiliación, que el 04 de enero de 2019, COLPENSIONES, en respuesta a la solicitud, allego el mismo en medio magnético. Que subsiguientemente el 11 de enero de 2019, elevó solicitud ante COLPENSIONES, solicitando que se de aplicación a lo establecido en la sentencia de Unificación 062 de 2010.

Manifestó que por otro lado el 17 de enero de 2019, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, dio contestación al derecho de petición elevado el 27 de diciembre de 2018, allegando copia de formulario de afiliación e historia laboral; que el 25 de enero de 2019, se recibe respuesta de COLPENSIONES a la petición radica el 11 de enero de 2019, en donde se indica que de acuerdo a lo manifestado concepto 2008026873-001 del 11 de agosto de 2008, sub numeral 3.5, capitulo primero (Circular básica jurídica de la Superintendencia Financiera), es la AFP, a la que se encuentra afiliado, la encargada de validar que se cumplan los , requisitos exigidos en la SU 062 de 2010. Reveló que, por lo anterior, el 15 de febrero de 2019, se radica ante OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, solicitud de aplicación de la sentencia SU 062 de 2010, entidad que dio respuesta mediante comunicación del 06 de marzo de 2019, OLD MUTUAL S.A, donde informo que él, no cumple los requisitos para acogerse a los beneficios dados por la SU ya nombrada. Que continuadamente el día 25 de febrero de 2019, radicó ante COLPENSIONES reclamación administrativa en la que se solicita la nulidad del régimen pensional, que se compute en debida forma en la historia laboral, en los periodos laborados en AERODESPACHOS DE COLOMBIA entre el 16 diciembre 1982 al 31 de diciembre 1984; brinde información respecto del empleador CASTRO ROBLES CLAUDIO tal como número patronal, domicilio y demás datos que estime convenientes para su ubicación, así mismo que suministre información sobre las acciones desplegadas por la entidad, para obtener el pago de las semanas en mora y que en caso de que la COLPENSIONES no hubiere realizado el cobro de los periodos en mora, le solicitó se allane a la misma y tenga en cuenta las semanas que laboró para el empleador CASTRO ROBLES CLAUDIO.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción; inexistencia del derecho y la obligación; buena fe e innominada o genérica. (Archivo 002, fls. 168 a 169).

La **SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones de prescripción; SKANDIA no

participo ni intervino en el momento de la selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en cuanto a la edad y el tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación del debido proceso para el momento de su afiliación al RAIS; ausencia de falta a deber de información y asesoría; los supuestos facticos de este proceso no son iguales similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; buena fe y genérica. (Archivo 001, fls. 91 a 94).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** propuso las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 002, fls. 141 a 142).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró que COLPENSIONES, debe tener en cuenta para todos los efectos, el cálculo de las semanas cotizadas por el demandante JUAN CLÍMACO ARBELÁEZ ESCALLÓN, correspondiente a ciento doce (112) semanas de cotización de cotización, desde el 01 de noviembre de 1982 al 31 de diciembre 1984, con el empleado AERODESPACHOS DE COLOMBIA SA y las veintiún (21) semanas de cotización con el empleador DE CASTRO ROBLES CLAUDIO, contabilizadas desde 03 de marzo de 1987 hasta el 30 de julio de la misma anualidad, lo cual sumado a las seiscientas cuarenta y dos punto ochenta y cinco (642.85) registradas en la historia laboral del demandante antes del 94, arroja un total de setecientos ochenta y dos punto ochenta y cinco (782.85) semanas de cotización, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Indicó que teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que se dan los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010, el señor JUAN CLÍMACO ARBELÁEZ ESCALLÓN, puede retornar al RPMPD en cualquier tiempo, administrado por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Ordenó al FONDO DE PENSIONES SKANDIA, hoy OLD MUTUAL a que remita los aportes realizados por el demandante, a COLPENSIONES, lo anterior junto con los rendimientos financieros causados, teniendo en cuenta la aplicación de la sentencia SU-062 de 2010.
Ordenó al FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES para que contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, incluyendo las semanas señaladas en la parte motiva de esta providencia. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Absolvió a las demandadas PORVENIR y OLD MUTUAL de las pretensiones incoadas en su contra. Finalmente condenó en costas de esta instancia a

COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho la suma de Un Millón De pesos ($1.000.000).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES,** presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que para la contabilidad de las semanas dejadas de cotizar, por los empleadores AERODESPACHOS DE COLOMBIA S.A. y de CASTRO ROBLES CLAUDIO, es necesaria la vinculación de los mismos, para probar, si se trata de una omisión o mora patronal, que por lo cual no es procedente que COLPENSIONES, sea condenada a efectuar estos cobros, sin antes tener la claridad, si existe una vinculación laboral; solicitó revocar el acápite de costas, en razón que COLPENSIONES, es una tercera de buena fe, que actuado conforme la Ley; manifestó se debe tener en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL del 8 de septiembre de 2008, radicado 31989, SL 489 de 2018, SL 1421 DE 2019, radicado 56174, las cuales contemplan que, hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, cuotas de pensiones abonadas al Fondo de Garantías de Pensión Minina, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por, PORVENIR S.A., solicito estudiar en su integridad el fallo proferido en primera instancia y en caso de ser contrario a derecho absolver a mi representada de toda condena, esto lo argumenta en razón a que no se evidencia material probatorio suficiente y no existió el vicio del consentimiento porque el traslado se dio de manera voluntaria y libre.

La parte demandante está de acuerdo con el fallo en primera instancia en cuanto a que el único contacto que tuvo la demandante con el fondo privado fue al momento de la suscripción de su afiliación y traslado, no existieron actualizaciones de datos, asesorías, re asesorías, registros de contactos telefónicos o presenciales, ni existe constancia de que se le haya ilustrado las diferencias y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no puede entenderse que el traslado de régimen fue eficaz, dado el

incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado demandado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar que deben tenerse en cuenta las semanas cotizadas por el demandante en los periodos de 01 de noviembre a 1982 al 31 de diciembre de 1984 y durante el periodo de 03 de marzo de 1987 hasta el 30 de julio de dicha anualidad, para que pueda retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 11 de enero de 2019, 25 de febrero de 2019 y su respuesta el 25 de febrero de 2019. (fls 53-58 archivo 01).

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre,**

espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

> *"las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social,* ***entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso".*** (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

Conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal, se ha rememorado que los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, en ese sentido, se ha expresado que las personas amparadas por el régimen de transición, pueden regresar *en cualquier tiempo,* al régimen de primera media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado de él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.

En igual sentido, conviene precisar que el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994).

Concretamente, dice el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

> *"A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones (…)".*

Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez, al respecto, ha manifestado la Corte que las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.

Según lo expuesto en precedencia, las personas beneficiarias del régimen de transición deben cumplir con los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el señor JUAN CLÍMACO ARBELAEZ, se acreditó:

- Que el actor cuanto con la edad de 66 años, conforme se acredita con la cédula de ciudadanía aportada.
- Adicionalmente, está probado conforme a la historia laboral consolidada que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100

de 1993, esto es, 01 de abril de 1994, había cotizado por más de 15 años de servicios a través de diferentes empleadores, así:

EMPLEADOR	**TIEMPO LABORADO ANTES DE 1° DE ABRIL DE 1994**	**TOTAL**
AERODESPACHOS COLOMBIA	28/05/1977-08/10/1997	19.43
AMERICAN AIRLINES	14/11/1977-31/10/1980	154.71
CONSULTORES DE SEGUROS	03/11/1980-15/05/1981	27.71
AMERICAN AIRLINES	27/04/1981-15/10/1982	76.71
AERODESPACHOS COLOMBIA S.A.	16/10/1982-30/10/1982	4.29
AERODESPACHOS COLOMBIA S.A.	01/11/1982-30/09/1983	46.86
AERODESPACHOS COLOMBIA S.A.	01/10/1983-30/12/1983	12.87
AERODESPACHOS COLOMBIA S.A.	01/01/1984-30/12/1984	51.48
DE CASTRO ROBLES CLAUDIO	03/03/1987-30/07/1987 31/12/1993	21.45
DE CASTRO ROBLES CLAUDIO	01/01/1994-31/03/1994	12.87
J.C.A. REPRESENTACIONES	31/07/1987-31/10/1993 CICLOS DOBLES	323.43
AERODESPACHOS COLOMBIA S.A.	01/11/1994-31/12/1994	8.58
CONTINENTAL AIRLINES	12/01/1994-01/04/1994 CICLOS DOBLES	
		760.36 semanas.

Así las cosas, se tiene que el señor JUAN CLÍMACO ARBELAEZ, se encuentra cobijado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, por cuando a la entrada en vigencia de dicho sistema pensional, eso es, el 1° de abril de 1994, éste contaba con más de 750 semanas de servicio cotizadas, es decir, 15 años o más, conforme lo exige la precitada norma.

No obstante que cumplía con los requisitos del régimen de transición, señala el accionante que decidió trasladarse del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad,

concretamente, a AFV PORVENIR S.A., posteriormente SKANDIA PENSIONES y CESANTÍAS S.A. hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CENSATÍAS S.A. entidad a la que se encuentra afiliado actualmente.

Está aprobado además que el accionante, solicitó ante COLPENSIONES, traslado de régimen, la cual, fue negada a través de oficio BZ2019_2572312-0594400, mediante el cual se le indicó que no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen.

Así mismo, de la respuesta allegada por OLD MUTUAL, se le indicó que revisada su historia laboral reportada en el sistema interactivo de la oficia de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se evidencia que no cumple con el requisito de haber cotizado 15 años (750 semanas) al 1° de abril de 1994, por tanto, no es procedente la solicitud de traslado de régimen.

la Sala advierte como parte del ejercicio del derecho a la seguridad social, está la facultad en el ámbito pensional de escoger por parte del afiliado el régimen al cual ingresar, en ese sentido, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *literal b), consagra derecho a la libre escogencia de régimen pensional, prescribiendo que "la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."*

Así las cosas, en concordancia con las consideraciones esbozadas por el juzgado primigenio, es claro que, por la sola circunstancia de que el señor ARBELAEZ, es beneficiario del régimen de transición por el tiempo de servicios cotizados, da vez que para la misma fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicio, que equivale a más 750 semanas cotizadas, puede trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, y continuar con los beneficios del régimen de transición, aun cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, pues como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, en especial las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional, todas con efectos erga omnes, según las cuales, quienes al 1º de abril de 1994 cumplían con el requisito de tiempo de servicios cotizados, no aplica la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y artículo 2º de la Ley 797 de 2003, es decir, que su traslado puede efectuarse en **cualquier tiempo.**

Cabe advertir, que no le asiste razón a la parte recurrente, toda vez que conforme se ha reiterado por el Alto Tribunal, la mora en el pago de los aportes al sistema pensional, no es imputable al trabajador, de forma que

deben ser contabilizadas las semanas en mora para efectos de acceder a los beneficios pensionales, porque la entidad de seguridad social encargada de recibir los aportes que para esa fecha era el ISS hoy COLPENSIONES, dispone de los mecanismos idóneos para procurar su pago o para hacer el cobro de los intereses moratorios causados con ocasión de la extemporaneidad en las cotizaciones.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

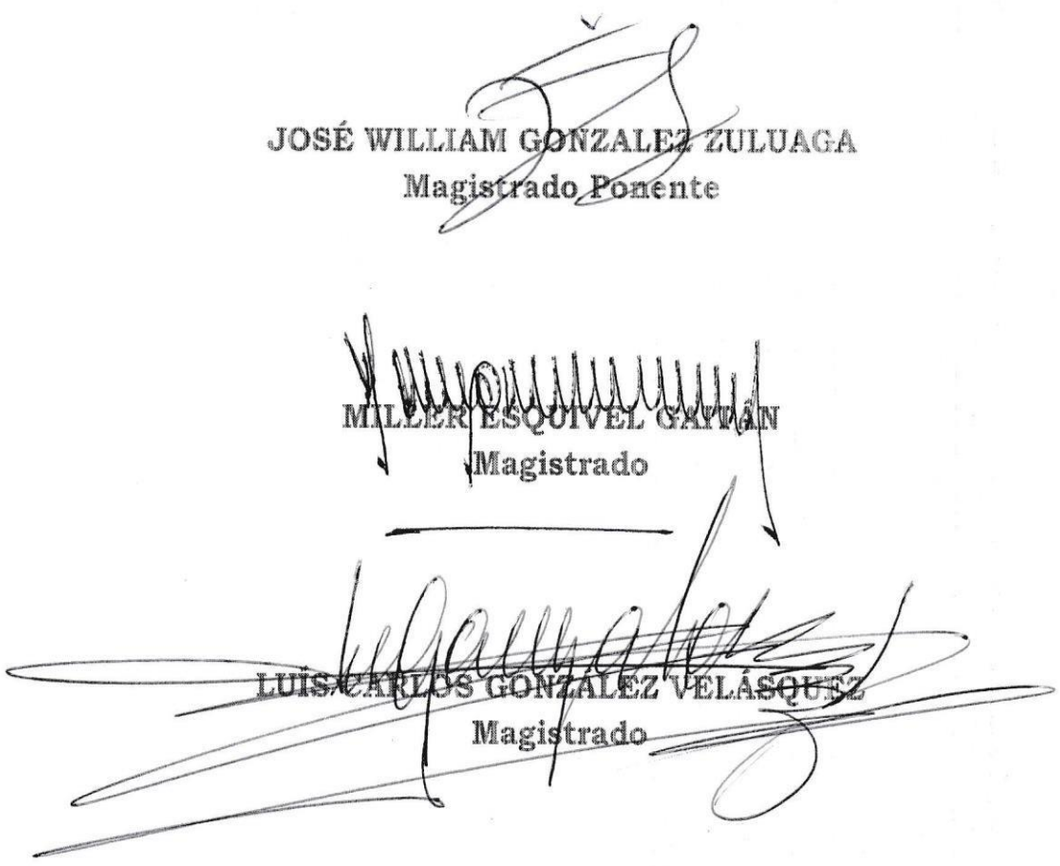
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JUAN CLÍMACO ARBELAEZ ESCALLÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y OLD MUTAL**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GM