



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 07-2020-00201-01**

Bogotá D.C., marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: EDUARDO AUGUSTO BALLEEN ROJAS**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**PROTECCION S.A. MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO**  
**PÚBLICO.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ CC 1.090.449.043 Y TP 289.559 DEL CSJ, para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por Claudia Liliana Vela, en su condición de representante legal de CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

La demandante y las demandadas Colpensiones y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 19 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **EDUARDO AUGUSTO BALLEEN ROJAS** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCION, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado realizado por **EDUARDO AUGUSTO BALLEEN ROJAS** del Régimen de Prima Media al RAIS, el 27 de mayo de 1994.
2. Que se ordene a COLPENSIONES aceptar el retorno al RPM.
3. Que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. devolver a COLPENSIONES, las cotizaciones, saldos, intereses y demás sumas de la cuenta de ahorro individual.
- 4-Se ordene a Colpensiones asumir de manera continua e ininterrumpida el reconocimiento y pago de la pensión a favor de **EDUARDO AUGUSTO BALLEEN ROJAS** a partir del 8 de noviembre de 2017 previa deducción de los valores pagados por AFP PROTECCION SA.
5. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de enero 21 de 2021, fue notificada a las demandadas, y por auto de julio 22 de 2021 se ordena vincular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de enero 20 de 2022; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 7° Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de julio de 2022 Negó las pretensiones de la demanda, y Absolvió a las demandadas de todas las pretensiones,; declaro probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y AFP Protección SA; Declaro que el demandante ostenta el estatus de pensionado por parte de Protección SA desde noviembre de 2017; e impuso costas al demandante a favor de Colpensiones y Protección SA; y **CONCEDIÓ** el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

-Solicita revocar la sentencia y acceder a las pretensiones.

-No encuentra razón válida para tener un trato diferenciado entre trabajadores engañados por los fondos en el momento de la afiliación, que hayan adelantado el trámite de pensión y los que no lo hayan hecho. El demandante como otros que aún no lo han hecho, han sufrido lesiones injustificadas en su derecho pensional al haber sido engañados tras el afán comercial de los fondos.

-La sentencia SL373 de 2021 produce un trato discriminatorio, al restringir el derecho de retornar al RPM a aquellos que adelantaron el trámite pensional.

-Posterior a esa sentencia, se expidió la sentencia SL1309 de 2021 de febrero 24 en la que declara que la sola selección de la modalidad de retiro programado, debe estar aparejada de la suscripción del contrato de retiro, trámite previo a la aceptación del demandante de tal modalidad, ya que es en ese documento en donde se consagran las cláusulas que regirán tal modalidad de pensión; por eso al no existir este documento, la Corte asevera, que en ese caso el demandante no había adquirido la calidad de pensionado, pues no solo la percepción de la mesada le da tal calidad, y no tiene una situación pensional claramente definida que deba retrotraerse.

-Se deja de lado el incumplimiento de la ley en que ha incurrido el fondo privado, al no brindar información suficiente al momento del traslado, sin informar sobre el derecho de retracto, y no conservar los documentos que soportan el traslado y la información suministrada por los fondos de pensiones, a que estaban obligados.

-No se trata de desconocer la condición de pensionado del demandante, sino que Colpensiones continúe con el pago de la mesada pensional ajustada a derecho con su valor real.

No existiendo irregularidad que invalide lo actuado, procede la sala a decidir, previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCION SA, efectuado por **EDUARDO AUGUSTO BALLEEN ROJAS** el día 27 de mayo de 1994; o si el hecho de haberse reconocido y estar disfrutando la pensión de vejez desde noviembre de 2017 impide la declaratoria de ineficacia del traslado **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM y se le reconozca y pague la pensión de vejez en dicho régimen.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA, hoy PROTECCION S.A. el 27 de mayo de 1994, (f.25 expediente digital); igualmente que mediante resolución del 28 de marzo de 2018 se le reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 8 de noviembre de 2017 en la modalidad de retiro programado, (folio 62 contestación Protección SA)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.**

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y**

jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo, **AFP PROTECCION** apporto: Soporte AS400, formulario de afiliación a Colmena, afiliación a pensiones voluntarias 2008 y 2011, autorización para emisión de bono pensional, solicitud de mesada pensional, ASPEN con calculo mesada pensional 2017, cálculo para selección modalidad de pensión, certificación sobre elección de modalidad pensional, carta de notificación de la pensión de vejez, certificado de pensionado, estado de saldos de pensionado, resumen de historia laboral, certificado historia laboral, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto SIF de diciembre 29 de 2015, comunicado de prensa..

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de mayo de 1994, fecha del

traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida.

Claramente para el momento del traslado 9 de septiembre de 1999, la demandante tenía 644.57 semanas ( historia laboral allegada por Protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 5 de noviembre de 1955, f.25 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017 (precisando que para el año 20217, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Protección S.A., el demandante había cotizado más de 1729 semanas, ( historia laboral allegada por Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no

escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLMENA S.A., el 27 de mayo de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PROTECCION S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Respecto a lo decidido por el a quo, que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que al demandante no se le brindo la información suficiente para tener como válido su traslado a al RAIS, pero como ya ostenta la condición de pensionado

en el RAIS, y que por tal motivo es imposible la declaratoria de ineficacia del traslado, esta Sala comparte la decisión del juzgador de primer grado, pues sobre esta situación claramente nuestro tribunal de cierre, ha dejado sentada la línea jurisprudencial, a saber:

Sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:“(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que **las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

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

Sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten,**

**retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

No obstante, y corroborando lo decidido por el operador judicial de primera instancia, no debe dejarse de lado que nuestro órgano de cierre tiene establecido que el status de pensionado que adquieren los afiliados al RAIS, obedece, como bien se ha expuesto en sentencias como las CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022, a una situación jurídica ya consolidada, a un hecho consumado del cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad se trataran, no es dable revertir, pues ello devendría en la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de tercero de buena fe.

Dicho criterio fue dispuesto recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia SL105 de 2022 (Rad.81402) respecto a casos en que el demandante pretende la ineficacia del traslado cuando se encuentra disfrutando de su pensión en el RAIS, situaciones fácticas idénticas a las que aquí nos ocupan:

*“En sentencia CSJ SL373-2021, la Corte estudió un caso de contornos similares al presente, donde se planteó como uno de los problemas jurídicos determinar si bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, podía la persona regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida estando pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el referido fallo se dijo:*

*Para la Corte **la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.***

**También, en la sentencia CSJ SL3707-2021 esta Corporación dejó asentado:**

Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarreararse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, **para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe**, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia.

Y es que **el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, esto no es posible (...).**

(...) *En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios de la administradora si lo considera pertinente...*”

Es claro que el demandante fue objeto de reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, lo cual hace inviable la declaratoria de ineficacia, y de igual manera la posibilidad que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez, la única alternativa que tendría el pensionado, tal como lo dijo nuestro tribunal de cierre, sería demandar la indemnización total de perjuicios, tema que no se ventila en este proceso.

Por otra parte no le asiste razón a la procuradora judicial del demandante cuando asevera que en la Sentencia SL1309 de 2021 establece que el percibir la mesada pensional no se adquiere la calidad de pensionado, y que la selección de la modalidad de retiro programado debe estar precedida de la suscripción del contrato de retiro por parte del afiliado; debe decirse que dicha sentencia es solamente el fallo en sede de instancia dictado conforme al fallo SL3676 de 2020, en el cual se hace referencia a una parte actora que tenía derecho al régimen de transición, a quien se le notificó la pensión por parte del RAIS la cual repudio de forma inmediata manifestando su desacuerdo, y demostró no haber firmado el contrato de pensión por retiro programado; situaciones fácticas muy diferentes a las planteadas en el presente proceso

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARA la sentencia proferida en primera instancia.

**COSTAS:**

Por resultar favorable el recurso de la apelante, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION SA, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de cada una, que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el A quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de julio de 2022 por el Juzgado 7° Laboral el Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del apelante y a favor de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION SA, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de cada una, que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el A quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

  
**MILLER ESQUIVEL GAPPAN**  
Magistrado  
Aclaro voto

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Eduardo Augusto Ballén Rojas  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**007-2020-00201**-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver el recurso de apelación, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Así mismo, me aparto de las consideraciones efectuadas por la alta Corporación, en torno a la reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, en los casos en los que, por tratarse de un pensionado, ha advertido que la situación jurídica ya está consolidada y no hay lugar a revertir ese estatus dejando sin efectos el traslado de régimen, entre otras, en la sentencia CSJ SL373-

2021, puesto que, en el mismo sentido en que lo consideró el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán (q.e.p.d.), en su salvamento y posteriores aclaraciones de voto sobre ese tema específico, considero que resulta impertinente e inapropiado el análisis de la cuestión asignándole la responsabilidad a la AFP, definiendo la existencia del perjuicio por la cuantía de la prestación, y el derecho a la indemnización plena de perjuicios a cargo de la administradora, lo que en verdad deviene en un prejuzgamiento, con la consecuente y evidente violación del derecho al debido proceso.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

Firmado Por:  
Luz Patricia Quintero Calle  
Magistrada  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ddb92a1a990bdbd5fe90fc6722102faaf7a11b904511a57d9b52316e0e8b4fc4**

Documento generado en 31/03/2023 11:00:32 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 009-2021-00070-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ**  
**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA  
PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**  
**ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la entidad convocada a juicio presentó alegaciones, según lo ordenado en auto del 08 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, como aparece de folios 1 a 12 del archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES DECLARATIVAS**

1. **DECLARAR** que tiene derecho a que la pensión que venía percibiendo el señor HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, por parte de TELECOM le sea sustituida.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS**

1. **CONDENAR a la UGPP** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, dada su calidad de hijo invalido.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios.
3. **CONDENAR** a la pasiva a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
4. Costas procesales.

### **TRÁMITE PROCESAL**

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué, mediante auto de fecha 11 de junio de 2019, **ADMITIÓ** la demanda en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**. Así mismo ordenó la notificación a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO** (folio 75 del expediente digital)

### **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La UGPP contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que, el demandante no acreditó que dependiera económicamente de su padre, más cuando goza de una pensión de invalidez por parte de COLPENSIONES. Propuso las excepciones de carencia absoluta de causa, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, entre otras (fls. 89-95 del archivo 1 del expediente digital).

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué mediante auto del 06 de octubre de 2020, admitió el escrito de contestación presentado por la UGPP (folio 147 carpeta 1).

El Ministerio público, mediante memorial, radicado el 5 de julio de 2019, propuso la excepción previa denominada falta de competencia en consideración a la calidad de la entidad demandada e incompatibilidad de los intereses moratorios e indexación (folio 79-86).

En audiencia celebrada el 28 de enero de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué, consideró que carecía de competencia para conocer del asunto, por lo que ordenó la remisión de las diligencias a la oficina de reparto de esta ciudad, entidad que procedió asignar el trámite al Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad judicial, que mediante proveído del 28 de septiembre de 2021, avoco el conocimiento de las diligencias (carpeta 2)

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 09 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de enero de 2022, dispuso:

**“PRIMERO. ABSOLVER** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIALUGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIÉRREZ en el presente asunto.

**SEGUNDO. DECLARAR** probada la excepción de carencia absoluta de causa propuesta por la demandada en su contestación.

**CUARTO.** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 CPTSS.”

### RECURSO DE APELACIÓN

El demandante inconforme con la decisión adoptada, presentó recurso de apelación, indicando: *“Me permito interponer recurso de apelación contra la presente decisión en el entendido que, efectivamente como lo enuncia la administradora de justicia en este caso existe una dependencia económica, más sin embargo considero que se está tasando o se está puntualizando, esa misma dependencia, sencillamente es si es o no significativa, y en ese orden de ideas, considero que contraviene lo dispuesto en la sentencia T 415 de 2019 y T-080 de 2021, para en estos casos, que cuando se alega, pretende una pensión de sobreviviente, con un hijo discapacitado o invalido, los requisitos son claros y la dependencia de ninguna manera tiene que ser pasada en un mayor o menor gasto, sencillamente se tiene que demostrar que hubo dependencia económica en este caso respecto del señor RAFAEL en relación con su padre el señor Humberto, si hubo, más sin embargo, en ese orden de ideas, se dice que tasa de alguna manera el 20% de esa dependencia, respecto del señor Humberto*

*con el señor Rafael, entonces consideró que se está contraviniendo lo dispuesto en dicha sentencia y pues también la normativa, la normativa en ninguna medida establece que se debe tasar, sencillamente dice que respecto de la dependencia económica hay demostrarla y eso quedo corroborado con las testimoniales tal cual y quedo corroborado en el sentido que efectivamente se demostró que el causante pues le brindaba ayuda económica, a mi cliente, en ese orden de ideas si hay dependencia económica, aun cuando esta no sea absoluta, en ese orden de ideas su señora, pues considero dejo sustentado el recurso de apelación, y pues en sede de instancia, en el tribunal será ampliada con mayor eficiencia.”*

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí el demandante RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte del pensionado HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, por ostentar la calidad de hijo invalido y dependiente económicamente del fallecido.

### **STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE**

Sea lo primero indicar que, no es motivo de discusión que mediante Resolución 3980 del 23 de noviembre de 1984, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES, reconoció una pensión de jubilación al señor HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, en cuantía de \$25.126,06. Acto Administrativo que fue modificado por Resolución n.º 001796 de 1985, en el entendido de otorgar la prestación en la suma de \$54.675,53, efectiva a partir del 1 de enero de 1985 (folio 21 del expediente digital).

Así mismo está probado que el demandante nació el 29 de octubre de 1981, y que COLPENSIONES (folio 17), lo calificó con una pérdida de la capacidad laboral, igual al 66,95% a partir del 24 de marzo de 2013 (folio 48), lo que generó a su favor, una pensión de invalidez, por parte de COLPENSIONES, en cuantía de un salario mínimo (folio 31).

### **RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL**

Sobre la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia

ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, que nacen directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que **el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.** De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.*

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que el pensionado HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, falleció el 27 de octubre de 2017, conforme el registro civil de defunción (fl 15 del archivo 01 del expediente digital), la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del pensionado, es decir las contenidas en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003<sup>1</sup>, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el cual se establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los siguientes:

(i) Hijos menores de 18 años de edad; (ii) Hijo mayor de 18 años y hasta los 25 años de edad, pero dependiente económicamente del causante debido a que se encuentran estudiando e, (iii) Hijo invalido que dependa económicamente del causante, mientras subsista el estado de invalidez.

En este orden de ideas, tenemos que el demandante RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ, nació el 29 de octubre de 1981, según da cuenta el registro civil de nacimiento, en el que además se indica como madre del actor a MARIA IRIS GUTIERREZ y como padre HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, sin embargo, la entidad convocada a juicio niega el derecho pensional bajo el argumento que el accionante no dependía económicamente del pensionado, ya que recibía una pensión de invalidez.

<sup>1</sup> ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

Así las cosas, tenemos que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 1704 de 2021, ha señalado:

*“La Corte ha explicado que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Corporación expresó:*

*Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:*

*a) La dependencia económica debe ser:*

*- Cierta y no presunta:*

*«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».*

*- Regular y periódica*

*de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;*

*- Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*

*“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.*

A efectos de probar esa dependencia económica, la cual como se indicó precedentemente, debe ser cierta, regular, periódica y significativa, se analizó el material probatorio, encontrándose lo siguiente:

En el hecho 13 del escrito de demanda, manifestó el actor, que percibe una pensión de invalidez, equivalente al salario mínimo -\$781.242-, y que sus gastos ascendían a \$1.260.655: *“Los ingresos del señor RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ hoy en día corresponden a un salario mínimo equivalente a \$ 781.242 del cual vive mi representado, lo cual no es suficiente para cubrir los gastos básicos y necesarios para vivir, subsistir y poder llevar una vida digna, pues de ese salario mínimo le descuentan para salud \$ 98.800, también debe cancelar un crédito en Bancolombia adquirido en vida con su padre, el cual se realizó a fin de cubrir deudas y silla de*

*ruedas eléctrica de segunda, la cual en el momento no puede usar, porque debe comprarle unas baterías que valen mucho, que del crédito a mi representado le toca cancelar un valor de \$ 319.000, mensuales, con el banco Falabella cancela la suma 280.000, servicios públicos \$ 100.000 en promedio, fibra dietaría \$64.000 necesaria para manejar su sistema digestivo, la cual siempre compro en la rebaja ya que la EPS no me da, compra también Pañales más o menos \$50.000 al mes ya que no controlo esfínteres, útiles de aseo \$ 150.000, alimentación \$200.000, tarjeta .de crédito \$80.000 mensuales en promedio, transporte \$ 150.000 en promedio, teléfono \$ 60.000, arriendo bóveda de su hija 300.000 al año, vivienda no, ya que vive donde un familiar quien no le cobra arriendo dado su problema de salud , Siendo así un total de \$ 1.260.655, sin tener en cuenta las terapias particulares que terminan siendo mejor que las que brinda la EPS, resaltándose que la Diferencia entre los ingresos y egresos eran cubiertos por Su padre, quien le ayuda en todos sus gastos, lo cual lo hacía depender de él, tal vez no en forma total y absoluta pero si en gran parte y que hoy en día le es imposible, cubrirlos y así satisfacer las necesidades básicas para sobrevivir.”*

Nótese de lo anterior, como el demandante describe el total de ingresos y egresos, y que su progenitor, le cubría “*todos sus gastos*”, empero no describe el valor de esa ayuda, ni la periodicidad o regularidad de la misma, por el contrario, se logra determinar que gran parte de sus gastos eran cubiertos de su mesada pensional y que además otro familiar le colaboraba con la vivienda.

Por otra parte, el demandante al absolver el interrogatorio de parte, adujo que los gastos eran compartidos con su padre “ *los gastos eran compartidos, pero mi padre normalmente hacia lo que era mercado, y asumía servicios de Internet, luz, agua (...) los ingresos que yo percibía se destinaron para terapia, para gastos de aseo, lo podría yo decir, lo que era pañales, cremas y las terapias que no nos daba la eps, no las veíamos que daban los mismo resultados que las terapias particulares.*” Seguidamente manifestó que los costos eran divididos también con el esposo de su hermana, que su padre le colaboraba con los pañales, transporte y estudio. Así mismo adujo que había adquirido un crédito con el Banco popular y que su progenitor, le colaboraba con gastos adicionales.

Luego del interrogatorio absuelto por el actor, es clara la contradicción que se presenta con lo afirmado con el escrito de demanda, ya que en la misma se dijo que todos sus gastos era sufragados por su padre, en tanto en la diligencia practicada ante el A-quo, se enunció en algunas ocasiones, que su progenitor cubría

alimentación y servicios públicos, en otra ocasión aseguró que, lo ayudaba con los pañales, transporte y estudio, es decir, no hay certeza en qué consistía la ayuda económica proveniente del causante. A lo que se debe adicionar que, el accionante precisó que, tenía un préstamo con una entidad bancaria, lo que evidencia su capacidad de endeudamiento.

Igualmente se escuchó la declaración de la señora MARTHA LILIANA HERNANDEZ ARANGO, quien dijo ser la esposa del demandante, aseguró que el señor HUMBERTO, le colaboró económicamente a su hijo, pero no dijo nada sobre la periodicidad, ni el valor de esa ayuda, como quiera que al preguntársele sobre el apoyo adujo que no recordaba la cuantía, pero que la colaboración estaba encaminada a alimentación, aseo, estudio y transporte: *“pero si en el mercado, lo que era aseo, transporte, terapias de Rafa, en la universidad”*. Así mismo adujo que, los gastos en que incurría el pensionado fallecido eran de \$200.000 0 \$300.000 en servicio y \$400.000 en alimentación, pero eran para las seis personas que habitaban la vivienda donde estaban domiciliados. Preciso que ella depende económicamente de su cónyuge, y que, en la actualidad, viven en la casa de su madre. Que después de la muerte del pensionado, nadie les colabora y sus gastos son cubiertos con la pensión que recibe su esposo: *“Con la pensión de Rafa, y con lo que no alcanza endeudándonos”*

Entre tanto el testigo WILLIAN OROZCO, enunció que después del accidente que sufrió el actor, este habitó la casa donde él vivía, que, en dicho inmueble, además se encontraba su esposa, el señor Rafael Grisales, junto con su cónyuge y el pensionado fallecido y que entre todos se colaboraban. Que el causante le ayudaba a su hijo RAFAEL GRISALES, pero tampoco especifica la regularidad, como tampoco el valor de esa ayuda: *“a no señora, que pena, pero eso si no sabría decirle, asumía los gastos, pero no sé”*. Aseguró que entre todos pagaban los servicios públicos y alimentación. Y que, para el momento del fallecimiento del pensionado, el accionante no recibía terapias.

Por su parte la testigo LUZ DARY TORO MEJIA, adujo que el pensionado fallecido fue el padre de crianza del actor, que el proceso de adopción se inició en el año 2016, a raíz del accidente del señor RAFAEL GRISALES: *“no, él fue prácticamente, el papá de crianza, porque el papá de ellos fue Rafael Grisales, el murió en un trabajo, ahí ahogado, en la plaza de la 14, entonces desde un principio ellos vivan en la casa de don Humberto, y el siguió haciendo de papá, ellos perdieron el papá de verdad muy pronto (...) si el hizo el proceso como en el año 2016, a raíz de la situación de Rafael*

*de la incapacidad, entonces él lo adopto". Describió la testigo que, ella también le colaboró al demandante con pañales y terapias. Sin embargo, de esta declaración no podemos derivar la dependencia económica del actor respecto del pensionado fallecido, dado que no visitaba al señor GRISALES: "nosotros somos familia y todo, pero como de salud, como de visita o así no, nunca él ha venido a mi casa, y yo he ido a la de él, nos hablamos por teléfono o que nos encontraríamos algo así, pero de visita o así allegados no"*

Además, la anterior declaración resulta contradictoria con lo afirmado por la mencionada testigo ante notario, como quiera que en esta última diligencia enunció que el padre del demandante era quien respondía en toda la manutención: *"Declaró igualmente que su hijo RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ, dependía de su padre porque es una persona discapacitada y siempre vivió con sus padres, Su (sic) padre era la persona que respondía por su hijo en todo su manutención, vestuario alimentación y su sustento económico. Manifiesto además que no le conocí mas hijos reconocidos, por reconocer, adoptivos, en estado de adopción, vivos o muertos"*

CLAUDIA MARIA HERRERA BARRETO adujo en su testimonio que, el demandante vivía en la casa de su hermana, que la ayuda económica provenía de sus familiares, en especial de su hermana y cuñado, que los gastos del hogar, se los dividan. Que el señor Humberto Olarte le colaboraba mucho al actor, e inclusive a la esposa de éste, pero no se refirió a la periodicidad o el valor de dicho apoyo. Que el señor RAFAEL GRISALES, tuvo que recibir terapias por espacio de un año, luego del accidente, pero que después las aprendió a realizar, por lo que no siguió asistiendo.

Por último, llama la atención de la Sala que el señor HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, el 14 de abril de 2016, haya rendido una declaración ante la Notaria 6 del Circulo de Ibagué, manifestando que el demandante dependía económicamente de él, porque no percibía ningún ingreso, algo que resulta totalmente falso, ya que el actor asegura que desde el 2015, viene devengando una pensión de invalidez: *"actualmente el joven RAFAEL ANTONIO GRISALES GUTIERREZ, identificado con Cedula N°. 5.826.902 de Ibagué, Agrego (sic) además que sus padres fallecieron, entre ella su madre por un accidente la señora MARIA IRIS GUTIERREZ GUALTEROS, quien era prima mía y quedando RAFAEL ANTONIO GRISALES discapacitado por el accidente, quedando cuadripléjico. Manifiesto además que RAFAEL ANTONIO GRISALES depende económicamente de mí, en razón a que el (sic) no recibe ingresos de ninguna índole, ni rentas, ni subsidios, ni pensión de invalidez, vejez o muerte."* (folio 57).

Luego del material probatorio recaudado no es posible establecer, si la ayuda económicamente que recibía el demandante del señor HUMBERTO OLARTE GUALTEROS, fue periódica, regular y significativa, ya que tanto el actor, como los testigos resultaron contradictorios; si bien no se desconoce que en ocasiones el pensionado le brindaba un apoyo, no se tiene certeza de la temporalidad, ni tampoco de su cuantía, máxime cuando el mismo demandante aseguró que los gastos del hogar se los dividían entre la personas que habitaban el inmueble donde vivía, incluido él, aunado a que los testimonios dan cuenta que el actor, recibía colaboración de diversos familiares, que tenía capacidad de endeudamiento, y que antes y después de la muerte de su padre ha podido sufragar sus gastos por medio del dinero proveniente de la pensión, tan es así que su cónyuge depende económica de él y que podía través de dicha prestación, aportar para los gastos del hogar. A lo que se deba adicionar que, no se allego comprobante de los egresos por pañales, terapias, alimentación, transporte o servicios públicos, más cuando la testigo CLAUDIA MARIA HERRERA, describió que la duración de las terapias fue por un año, luego del cual, pasaron a realizarse por el mismo paciente y WILLIAN OROZCO, reseño que las terapias recibidas por el accionante, fueron solo por los dos años siguientes al accidente.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, al no estar acreditado la dependencia económica del hijo frente al padre.

### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

**SIN COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

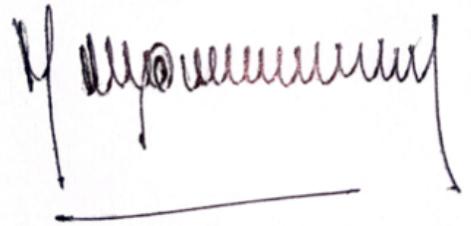
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de enero de 2022, según se expuso.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Ponente**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

[09-2021-070](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 015-2018-00213-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: DURAN DE ASIS ROA BELTRAN**  
**DEMANDADO: SEPECOL LTDA Y PAREX RESOURCES COLOMBIA  
LTDA Y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN-DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor del demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, según a lo ordenado en auto del 09 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor DURAN DE ASIS ROA BELTRAN, instauró demanda ordinaria laboral contra las compañías SEPECOL LTDA y PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA, debidamente sustentada como aparece de folios 4-20 con el objeto de

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo con las compañías demandadas, vigente desde el 15 de septiembre de 2014 al 30 de abril de 2015.
2. **DECLARAR** que el empleador incumplió los dos acuerdos firmados el 19 de marzo de 2015 y 21 de marzo de 2015, respectivamente.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES**

3. **CONDENAR** a las entidades demandadas al pago de los salarios dejado de percibir desde la fecha del despido hasta el 30 de abril de 2015.
4. **CONDENAR** a las accionadas al pago de las primas de servicio, cesantías, vacaciones e intereses a las cesantías.
5. **CONDENAR** a las convocadas juicio, a pagar la indemnización moratoria desde el 19 de abril de 2015 hasta la calenda en que se efectuó el pago de las acreencias laborales, así como el pago de la sanción por no consignación de cesantías.
6. **CONDENAR** a las demandadas al pago de los perjuicios materiales, morales y fisiológicos
7. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
8. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestó demanda la compañía PAREX RESOURCES COLOMBIA LTD SUCURSAL, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que no celebró contrato de trabajo con el actor, que tampoco se presentaron los presupuestos para la configuración del mismo o de la responsabilidad solidaria. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la solidaridad, entre otras (folio 57-69)

Entre tanto la Sociedad SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA SPECOL LTDA, adujo haber pagado a favor del accionante, todos los salarios y prestaciones laborales, que se causaron durante la vigencia de la relación laboral, que el vínculo finalizó el 18 de abril de 2015, y que procedió a pagar la indemnización correspondiente a los 12 días que faltaban para el cumplimiento del plazo establecido. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y falta de causa para pedir

llamamiento en garantía de la sociedad MUNDIAL DE SEGUROS S.A., (folio 125), entidad que también se opuso a la prosperidad de las pretensiones

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 28 de septiembre de 2021, profirió sentencia en el siguiente sentido:

**PRIMERO: DECLARAR** que el señor DURAN DE ASIS ROA BELTRAN y SEPECOL LTDA, existió un contrato de trabajo a término fijo por el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 2014 hasta el 18 de abril del año 2015, conforme se expuso en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a SEPECOL LTDA, al pago a favor del señor demandante DURAN DE ASIS ROA BELTRAN, la suma de SEISCIENTOS OCHO MIL CUATRO PESOS, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: ABSOLVER** a las demandadas SEPECOL LTDA, de las demás pretensiones de la demanda, igual situación ABSOLVER a PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA y a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., llamada en garantía de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la acción y frente a estas DECLARAR demostradas las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación inexistencia de la garantía de las obligación de indemnizar, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada SEPECOL LTDA, a favor del señor demandante, para el efecto se fijan como agencias en derecho lo correspondiente a NOVENTA Y DOS MIL PESOS. Igualmente CONDENAR en costas al señor demandante a favor de PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA, para el efecto se fija la suma de NOVENTA Y DOS MIL PESOS. SIN COSTAS respecto de la compañía MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

aportadas se podía determinar que el verdadero empleador lo fue la compañía PAREX RESOURCES COLOMBIA, ya que la labor de vigilante la prestó en las instalaciones de esta entidad y sujeto a un horario, aunado a que en algunas ocasiones se ejecutaba en una jornada suplementaria, además que dicha sociedad intervino y participo en los acuerdos suscritos, sobre los descuentos que se debían realizar por recibir unos dineros que no les correspondía. Así mismo, preciso que las accionadas le indicaron que si firmaba el acuerdo, el vínculo se extendería hasta el 31 de agosto de 2015, pero que el mismo fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 18 de abril de 2015, además indico que la pasiva no demostró el pago de las acreencias causadas durante la vigencia de la relación laboral y por ultimo alegó que los acuerdos celebrados en el mes de marzo de 2015, fueron incumplidos por el empleador, por lo que a su juicio la liquidación no fue pagada correctamente. Que el contrato fue terminado por decisión del empleador, en la que no intervino su voluntad.

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si en aplicación del principio de la primacía de la realidad, hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la compañía PAREX RESOURCES COLOMBIA. **2.** Si dicho contrato finalizó por decisión del empleador y **3.** si durante la vigencia de la relación laboral y a la finalización de la misma se pagaron las acreencias laborales.

### **DEL CONTRATO REALIDAD**

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

A lo que se agrega, que en forma pacífica la jurisprudencia de nuestro Tribunal

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

Adicionalmente, de vieja data la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha enseñado que, en el evento de presentarse discordancia entre la realidad y los que consignan los documentos, prevalece lo que sucede en el ámbito fáctico, en aplicación del principio de la primacía sobre la realidad sobre las formas. Se puede consultar la sentencia radicado N° 22259 del 2 de agosto de 2004, criterio reitero en la sentencia SL 4330 de 2020.

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos en primer lugar, que el actor en el acápite de pretensiones del libelo inicial, no fue muy claro en indicar lo relacionado con la existencia de un contrato realidad con la sociedad PAREX RESOURCES, ya que enunció: *“Que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad entre los empleadores SEPECOL LTDA y PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA”*, lo cierto es que el artículo 25 del C.P.T y S.S., prevé que la demanda debe relacionar los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones.

Por lo tanto, atendiendo este precepto encontramos desde el escrito inicial, que el actor relacionó que prestó los servicios a favor de la compañía SEPECOL LTDA, en el cargo de vigilante, labor que prestaba en los lugares que el empleador le asignara: *“la labor que realizó el señor DURAN DE ASIS ROA BELTRAN, la de vigilante, en los lugares donde lo asignara”*. Igualmente señaló: *“El señor DURAN DE ASIS ROA BELTRAN, entró a laborar en SEPECOL LTDA, para realizar sus labores en PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA, el día*

Por otra parte, a folio 38 del plenario obra un contrato de trabajo a término fijo suscrito entre el demandante y la empresa SEPECOL LTDA, con fecha de iniciación de labores el 15 de septiembre de 2014, y por un espacio de tres meses y catorce días, para prestar sus labores como vigilante (folio 38).

Igualmente, a folio 70 obra un acuerdo denominado “contrato de exploración y producción, celebrado entre PAREX RESOURCES COLOMBIA LTD SUCURSAL y SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA, en el que esta última prestaba el servicio de vigilancia: *“Seguridad privada en las modalidades de vigilancia fija y móvil sin armas con medio canino y medios tecnológicos, en las instalaciones de las operaciones petroleras en el territorio Nacional. El servicio es requerido para salvaguardar las instalaciones, el personal, la información y los activos de LA COMPAÑÍA”*, con fecha de iniciación de labores el 15 de septiembre de 2014.

Por otra parte se escuchó al representante legal de SEPECOL, quien corroboró lo enunciado en los contratos antes enunciados, esto es, que la compañía que representa suscribió un contrato de trabajo con el actor, por un término de tres meses y catorce días, para que prestara sus servicios en la sociedad PAREX RESOURCES COLOMBIA, dado el acuerdo mercantil suscrito con esta última sociedad: *“es cierto parcialmente, lo que se quiso decir en esa cláusula, es que independientemente que el señor prestara los servicios en unas instalaciones de Parex, no tenía ninguna relación laboral con esa entidad, pues el vínculo laboral era directamente era con Sepecol Ltda.*

Así mismo el representante Legal de PAREX RESORUCES COLOMBIA, aseguró en su interrogatorio, que nunca celebró contrato de trabajo con el actor, que desconoció el contenido del mismo y que era SEPECOL, en virtud del acuerdo suscrito con esa entidad, la que remitía el personal necesario para el cumplimiento del objeto pactado.

Entre tanto el demandante al absolver el interrogatorio de parte, no desconoció el contenido del documento que obra a folio 121, en el cual autorizaba a su empleador SEPECOL LTDA, para realizar descuentos de su salario, como tampoco aquel visto a folio 37, en relación con extender el vínculo laboral suscrito entre SEPECOL LTDA hasta el 30 de abril de 2015.

COLOMBIA LTD SUCURSAL y SEPECOL, presupuestos que a todas luces permiten concluir que al evidenciarse la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la compañía SEPECOL LTDA, en instalaciones de PAREX, en virtud de la oferta mercantil, no se configuró la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T., a favor de esta última entidad, tan es así que desde la demanda, el accionante reseñó que el contrato se celebró con SEPECOL, quien fungió en toda ocasión como su empleador, sin que en dicho escrito hubiese descrito las circunstancias que permitieran evidenciar que en la realidad el servicio lo prestó fue a favor de PAREX.

Aunado a que ninguna de las pruebas incorporadas por el accionante dan cuenta de esa prestación personal del servicio a favor de PAREX, ya que los únicos documentos incorporados, fue el certificado de existencia de SEPECOL LTDA, un informe rendido por el representante legal de SEPECOL LTDA, dirigida a los presidentes de la Juntas de Acción Comunal, un constancia con la denominación "Acta de reunión con públicos de intereses", otro si del contrato de trabajo suscrito entre el actor y el demandante; contrato de trabajo a término fijo con fecha de iniciación de labores el 15 de septiembre de 2014 y liquidación de acreencias laborales (folio 21-41), documentos que contrario a lo indicado por el actor, dejan claro que el empleador y quien fungió como tal, lo fue la SOCIEDAD SEPECOL LTDA.

En los anteriores términos, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto a que el contrato de trabajo se celebró entre el demandante y la sociedad SEPECOL LTDA.

#### **TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

Es bien sabido que el contrato de trabajo, se caracteriza por ser consensual, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo y oneroso, ello de conformidad con la definición enunciada en el artículo 22 del C.S.T, y los elementos para su configuración, establecidos en el artículo 23 del mismo precepto jurídico.

Luego, en atención a esas características el empleador goza de libertad para escoger la modalidad de vinculación que más le convenga de acuerdo a las particularidades que afronte, o que las dos partes, en cierto momento de la relación, decidan libre y voluntariamente, terminarla para empezar otro vinculo o para

Por otra parte, el artículo 1602 del Código Civil, establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causales legales.

A lo que se agrega que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL15610 de 2016, expuso:

*“Es indiscutible que el marco jurídico que regula las relaciones laborales, está previsto que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, la Sala ha dicho que los empleadores tienen la «libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...» (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 54003 y CSJ SL8693-2014).*

*Por tal razón, la vinculación de trabajadores través de contratos de trabajo a término fijo, goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibidem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios.*

*Es por ello que la jurisprudencia de esta Sala siempre se ha orientado a determinar que el contrato de trabajo a término fijo constituye una de esas modalidades legales de vinculación que no ha perdido legitimidad y puede ser utilizada libremente por las partes dentro de los precisos límites normativos, de modo que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015).”*

Luego entonces, de lo anterior es viable concluir que, si bien el contrato de trabajo a término fijo es una de esas modalidades contractuales determinadas por el legislador, la cual no ha perdido legitimidad y que puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades y, dentro de los precisos límites establecidos legalmente.

En el presente asunto está probado que, las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, con fecha de iniciación de labores el 15 de septiembre de 2014, por un periodo de tres meses y catorce días, y que el mismo se prorrogó, al no existir preaviso o carta de culminación, por lo que la primera prorroga estuvo vigente desde el 30 de diciembre de 2014 hasta el 14 de abril de 2015, cuando, luego de la decisión de la Sala, las partes hubieron firmado un CTRC

En ese orden, aun cuando las partes hubiesen extendido el contrato hasta el 30 de abril de 2015, el preaviso efectuado al trabajador el 25 de marzo de 2015, por medio de ese otro sí, no surtió ningún efecto, como quiera que se repite, que para la calenda en que ello ocurrió, el contrato ya se había prorrogado, por lo que se considera, que el acuerdo tenía como fecha de finalización ante la prórroga, el 30 de agosto de 2015, periodo que incluye el lapso inicial y los días estipulados en el otro si, para un total de cuatro meses.

Así las cosas, dado que el contrato culminó el 18 de abril de 2015, por parte del empleador, al haberlo afirmado así el representante de SEPECOL LTDA, en el interrogatorio, la indemnización por despido injusto, era equivalente al tiempo que le hacía falta para cumplir el plazo estipulado en el contrato, empero nótese como en el escrito de demanda, no se solicitó siquiera la indemnización por despido injusto, sin embargo el juez accedió a dicha pretensión dado que entendió que al haberse peticionado el pago de los 12 días de salario, se estaba haciendo referencia a la citada indemnización, condenando únicamente a esos doce días, sin que el demandante hubiese refutado la referida suma al sustentar el recurso de apelación, por lo que en atención al principio de consonancia, no hay lugar a modificar la cuantía establecida por el A-quo.

## **DESCUENTOS**

Aduce el accionante, que la entidad convocada a juicio desconoció el acuerdo suscrito el 21 de marzo de 2015, ya que el empleador realizó de su liquidación final una deducción, cuando se había estipulado que lo adeudado seria cubierto en un plazo de seis meses: *“En el caso que nos ocupa no cumplido el primer acuerdo aquí relacionado en virtud de que con la liquidación del contrato que le hizo SEPECOL LTDA, a mi representado, DURAN DE ASIS ROA BELTRAN, le descontó la totalidad de las obligaciones pactadas en el primer acuerdo, el cual fue modificado unilateralmente y con clara violación de los artículos 59 y 152 del Código Sustantivo Laboral, porque sin su autorización se apropiaron de la totalidad de los dineros provenientes de su liquidación para el pago de las obligaciones relacionados en dicho acuerdo, sin respetar lo allí pactado.”*

Al respecto tenemos que el artículo 59 del C.S.T, enunció que le está prohibido al empleador deducir, retener o compensar suma alguna que corresponda a los

- a). *Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.*
- b). *Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.»*

No obstante, la Sala de Casación Laboral en la sentencia n.º60104 de 2019, señaló, que dicha prohibición solo se presenta en vigencia del contrato de trabajo: *«Sabido es que la Sala de tiempo atrás ha considerado que la prohibición del empleador para deducir, retener o descontar dineros fruto del trabajo de los asalariados sólo rige mientras se encuentra vigente el vínculo laboral, en tanto a su término, la relación entre las partes regresa a la naturalidad de las normas puramente civiles.»*

Luego entonces, como quiera que el 21 de marzo de 2015, el trabajador autorizó al empleador a descontar del salario correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2015, la suma mensual de \$817.907,16, pero dado que, el contrato finalizó el 18 de abril de 2015, y al ser evidente la deuda, la accionada SEPECOL LTDA, estaba facultada para compensar de la liquidación final las sumas adeudadas, sin que ello implique un desconocimiento e incumpliendo de lo acordado el 21 de marzo de 2015.

## **PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES**

El demandante pretende el pago de los salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, generados entre el 19 y el 30 de abril de 2015; sin embargo, no entiende este estrado judicial, cual es el fundamento de esta pretensión, ya que el mismo accionante asegura en su escrito de demanda que el contrato de trabajo con la compañía SEPECOL LTDA, finalizó el 18 de abril de 2015; y si lo pretendido era el reconocimiento de todos aquellos rubros que dejó de percibir como consecuencia de la terminación sin justa causa, lo pertinente era solicitar la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T, ya que lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con resarcimiento de perjuicios a cargo de la parte responsable. Además, que esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente, prestación a la cual accedió el juez, luego de realizar un análisis exhaustivo del libelo introductorio y lograr entender que lo pretendido era la mencionada indemnización, ya que expresamente no se petitionó.

finalización del vínculo, las cuales no tuvieron vocación de prosperidad, no es posible acceder tampoco a esta suplica.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

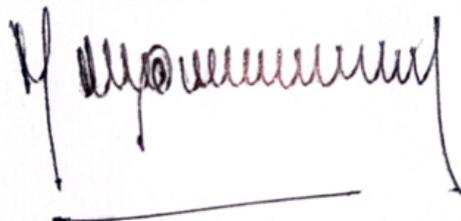
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**





**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 019-2016-00576-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: KAROL JOHANA MARTÍNEZ BUSTOS**  
**DEMANDADO: MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.**  
**ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada presentó alegatos, atendiendo lo ordenado en auto del 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora KAROL JOHANA MARTINEZ BUSTOS, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A., debidamente sustentada como aparece de folio 3-8 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES DECLARATIVAS:**

- 1. DECLARAR** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía accionada, vigente desde el 10 de febrero de 2012 al 19 de mayo de 2016.

2. **DECLARAR** ineficaz el despido realizado el 20 de mayo de 2016, ya que no se encontró probada la sanción para la finalización del vínculo laboral.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES**

1. **CONDENAR** a la sociedad demandada a pagar los salarios, dejados de percibir desde la fecha de despido.
2. **CONDENAR** a la accionada a pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones que se generaron desde el 20 de mayo de 2016.
3. **CONDENAR** a la pasiva al pago de \$2.290.924, por descuentos ilegales.
4. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
5. Costas procesales.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS**

1. **CONDENAR** al pago de la indemnización por despido injusto, prevista en el artículo 64 del C.S.T.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Contestó la demanda la compañía **MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.**, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el contrato de trabajo finalizó basado en una justa causa, ya que la trabajadora incumplió con sus obligaciones laborales al borrar del sistema, todos los extractos cargados y probados de los meses de enero y febrero de 2016, así como otras funciones. Propuso las excepciones de inexistencia de obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, inexistencia de elementos que configuren una terminación del contrato de trabajo, buena fe y falta de causa (folio 72-84)

El juzgado de origen, mediante providencia del 20 de abril de 2017, admitió el escrito de contestación radicado por la sociedad demandada (folio 174).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 19º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 1 de octubre de 2021, profirió sentencia en el siguiente sentido:

*“**PRIMERO: ABSOLVER** a la sociedad **MEDPLUS GROUP S.A.S.**, de las pretensiones incoadas por la señora **KAROL JOHANA MARTINEZ BUSTOS**, identificada con la C.C. N° 52.713.018 conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.*

**SEGUNDO: COSTAS** correrán a cargo de la parte demandante. Tásense por Secretaría.

**TERCERO: CONSULTA.** En caso de no ser apelada esta decisión, remítanse en CONSULTA ante el Superior.”

### RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación:

La parte demandante insiste en que se existió una incorrecta valoración del material probatorio, además que se desconoció el principio de inmediatez, ya que entre la supuesta falta y la sanción, transcurrió más de 45 días: *“Sí señora juez me permito de acuerdo con el artículo 62 del código procesal de trabajo, artículo 28 de la Ley 712 del 2001 presentar mi recurso de reposición y en subsidio apelación ante los honorables magistrados, ante usted y ante los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Me permito indicar apartándome de su fallo señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, me aparto en la totalidad de lo esbozado dentro del fallo del juzgado en primera instancia debido a que, existe una indebida valoración probatoria por parte de este juzgado; adicional al largo trasegar en primera instancia de casi 5 años, no existe una correcta valoración probatoria, incoo mis razones digamos en la situación que la demandada trajo frente al despido con justa causa de mi representada ya que, a toda luz se apartó el principio de inmediatez laboral y trajo unas situaciones que nunca fueron sancionadas y que sí fueron traídas digamos el 4 de abril de 2016 para ser posiblemente o presuntamente sancionadas por la demandada, esa carta está, esa citación y esos descargos que nunca fueron digamos traídos ni se generó una sanción previa a la terminación del contrato de trabajo el día 19 de mayo de 2016 y quiero advertir que, la falta de valoración probatoria del juzgado de primera instancia esta es en esto y no valoró la prueba que se allegó de la citación y los descargos digamos realizados el 6 de abril, la citación es del 4 de abril, los descargos fueron dados el 6 de abril y nunca hubo una sanción disciplinaria ni un llamado de atención, no existe trazabilidad dentro del proceso, ni existe trazabilidad por parte de la demandada en que mi representada haya tenido algún llamado de atención, una recomendación, una acción correctiva frente a la situación, pero sí trae casi 45 días después orquesta una situación con un CDT que reiteró señores magistrados, era de una accionista que no estaba vinculada, que era una empleada pública como se probó trabajaba en la súper intendencia de notariado y registro para la época y generan una responsabilidad que no está dentro de las funciones, dentro del manual de funciones que también se aportó dentro del expediente, que no fue valorado por*

*este juzgado de primera instancia, nunca mi representada tenía la función de tener documentos de tipo económico de los accionistas o hacerse responsable de los documentos de tipo económico de los accionistas o los socios del holding empresarial en el cual trabajaba. Con esto, orquestan el despido para el 19 de mayo de 2016 y con base a un CDT personal de una de una persona y traen a colación no cerrando el anterior disciplinario, que eso donde falla este juzgado de primera instancia como, no tiene en cuenta que el disciplinario del 4 de abril de 2016 realizado en diligencia de descargos el 6 de abril de 2016, nunca fue cerrado por MedPlus medicina prepagada esperando 45 días después para traer a colación traer todos esos hechos que nunca fueron sancionados, que nunca hubo trazabilidad, que nunca hubo acción correctiva conforme al reglamento interno de trabajo de la demandada para orquestar con otra acción que no es responsabilidad dentro de las funciones de mi representada, para generar un despido y motivar digámoslo así ilegalmente un despido de mi prohijada y no se comprobó nunca la responsabilidad de mi representada frente a todas las acciones expuestas bajo carta de citación a diligencia de descargos del 4 de abril de 2016, no se tuvo en cuenta esta situación por parte del a quo y creo que hubo más de 5 años dentro de este despacho para analizar en debida forma el acervo probatorio que se aportó, apartándome de eso, del fallo dado, de que no se demostró, de que no logró digamos en invertir esa carga de la prueba o allegar esa carga probatoria, me aparto de eso señores magistrados frente al fallo de la señora juez y reitero que adicional a eso, no existe un fundamento factico dentro del fallo dado debido a que, citándolas las mismas sentencias dadas por la señora juez, no hubo la suficiente caracterización de las causales generadas, para generar la terminación del contrato con justa causa, entonces no es consecuente las relaciones normativas que da la señora juez con lo referenciado en este fallo. Los hechos por los cuales se le termina el contrato a mí representada, hacen prever que esa sanción y ese despido y generado a todas luces contrario a los principios laborales que existen dentro del Código Sustantivo del Trabajo y cito el principio de inmediatez ustedes no pueden traer como operadores judiciales o como empresas, situaciones que existieron 45 días después de las cuales no se tomaron acciones disciplinarias ni acciones correctivas según el contrato de trabajo, según el código sustantivo, según el reglamento interno de trabajo y traerlas a otro nuevo disciplinario y en donde genera un despido con una justa causa según la demandada y según este fallo de primera instancia, en el que toda vez, se observa que existe ilegalidad frente a esa situación debido a que yo no puedo sostener en el tiempo las situaciones y acumularlas a los trabajadores para tenerlas ahorradas digámoslo así, válgaseme la apreciación, tener ese ahorro como empleador, para orquestar con una situación totalmente personal que no correspondía a las funciones, para terminar el contrato de trabajo. Con eso señores magistrados solicito sea analizado en debida forma el material probatorio*

*allegado para que se revoque este fallo de primera instancia y sean concedidas las pretensiones indicados en el nivel o gestor, muchas gracias.”*

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el despido se presentó con ocasión a una justa causa.

### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

No es objeto de controversia en esta instancia que la demandante KAROL JOHANA MARTINEZ BUSTOS suscribió con la compañía CAFÉ SALUD MEDICINA PREPAGADA actualmente MEDPLUS PLUS MEDICINA PREPAGADA S.A., un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de iniciación de labores el 10 de febrero de 2012 (folio 46-49 cuaderno demanda)

Así mismo está probado que mediante escrito, la entidad empleadora le notificó a la actora, la decisión de finalizar el vínculo a partir del 19 de mayo de 2016, ante el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia y cuidado en el cargo de PROFESIONAL DE TESORERIA (folio 112).

Realizadas las anteriores precisiones, y a efectos de resolver el cuestionamiento planteado, tenemos que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T..

También se debe tener cuenta que desde antaño nuestra H. Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia SL114 de 2021.

internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Así las cosas, en el asunto bajo examen, aduce la demandante que no existió causal justa de terminación del vínculo laboral, además de desconocerse el principio de inmediatez, mientras que la entidad accionada, considera que la terminación de la relación laboral que sostenía con la accionante, debía finalizar por configurarse causales justas para ello.

Tenemos entonces, que el 19 de mayo de 2016, la entidad convocada a juicio, le comunicó a la accionante su decisión de terminar el vínculo laboral, a partir de dicha calenda, aduciendo para ello (folio 35):

*“Como parte de la garantía del debido proceso que aplica a actuaciones como las que nos ocupa, y en atención a las circunstancias referidas en el acápite de antecedentes, usted fue convocada a diligencia de descargos el pasado 6 de abril de 2016, con el fin de rendir explicaciones sobre los motivos por los cuales usted ha incumplido con sus obligaciones de diligencia y cuidado, generando un riesgo jurídico para su EMPLEADOR.*

*En sus explicaciones en descargos del 6 de Abril de 2016, usted reconoció su incumplimiento a sus obligaciones laborales al borrar todos los extractos cargados y probados de los meses de enero y febrero de 2016, de forma descuidada que representaban el trabajo del equipo de trabajo para desatrasar la operación de 70 días, así como tampoco resultaron justificadas sus explicaciones respecto de las presentaciones extemporáneas de conciliaciones bancarias y pagos bajo su responsabilidad, pese a haber presentado por parte de su jefe inmediato planes de trabajo y apoyos de personal que contribuirían a agilizar su trabajo, lo cual demuestra una conducta claramente culposa, y que en ese sentido, no resulta aceptable para la empresa su falta de compromiso con sus funciones laborales.*

*De la misma manera, no se encuentra justificación en su actitud frente a su jefe inmediato y compañeros de trabajo, donde ha manifestado de forma abierta que no desea continuar trabajando para la compañía, y con quienes ha tenido frecuentes conflictos, lo que ha generado un mal ambiente laboral.*

*En sus explicaciones en descargos del 19 de mayo de 2016, usted justifica su incumplimiento en que se trata de un trámite personal y a que el título ya apareció, olvidando que la Dra. Lina Mejía titular del título valor es representante legal de WORLDWIDE ADVISORS, empresa encargada de la gestión humana del grupo empresarial y miembro del mismo grupo, así como accionista principal de la sociedad MEDPLUS CENTRO DE RECUPERACION ITNEGRAL, que también pertenece al Holding, y para las cuales desempeña sus funciones, omitiendo de paso el hecho que aun al haber encontrado el título, ello no le descarga de su evidente falta de cuidado y custodia al mismo, lo cual es una obligación respecto de la cual se exige la mas alta diligencia, dado sus funciones y perfil profesional, y respecto de la cual se exige la mas alta diligencia, dado sus funciones y perfil profesional, y respecto de la cual la compañía depositó su confianza en el buen manejo y cuidado del mismo, exponiendo el capital del grupo empresarial en un riesgo injustificado y de manera alguna aceptable, por lo que la entidad no puede continuar entregando su confianza en temas tan sensibles para la organización y que son de su competencia y funciones que en su caso como profesional conoce de sobra a los riesgos que ha expuesto a la entidad.*

*Lo anterior sumado a la perdida deliberada e inaceptable de tiempo en horas laborales que le distraen de sus funciones laborales en el uso del su celular, y la de sus compañeros de trabajo incluso de otras áreas, visitas en los*

*pasillos y oficinas diferentes a la de su lugar de trabajo, lo cual, además de haber sido evidenciado por sus jefes inmediatos y directivas de la compañía, entre ellos los diferentes vicepresidentes y el secretario general, ha generado un mal clima organizacional que de manera alguna puede seguirse permitiendo.*

*De acuerdo con lo precedente, las conductas descrita (sic) se configura como un incumplimiento de los deberes a su cargo y previstos en el numeral 1 de la cláusula primera, así como el numeral 3 y 7 de la cláusula octava de su contrato de trabajo y en el numeral 1y 4 del artículo 58 del Código Sustantivo de Trabajo, lo cual, de cara a que MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A., no puede exponerse a mas riesgos económicos y jurídicos con su falta de cuidado y diligencia, y en consideración a que sus explicaciones no son válidas, necesariamente llevan a la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, de conformidad con lo señalado en el numeral 6 del literal A) del artículo 62 del citado Código Sustantivo de Trabajo.”*

Luego entonces, establece esta Sala de Decisión, que el argumento expuesto por la sociedad demandada para finalizar el vínculo laboral de la accionante, fue el incumplimiento de las obligaciones, empero antes de entrar a determinar si dichos hechos constituyeron una causal para finalización del vínculo, se hará un pronunciamiento sobre el principio de inmediatez.

El principio de inmediatez laboral consiste en que la sanción o despido debe imponerse inmediatamente a la ocurrencia del hecho, o para el momento en que el empleador tiene conocimiento de este, y al respecto la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3108-2019, señaló:

*«La regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma, obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo. De no hacerlo en un tiempo razonable, se entiende que dispensó o perdonó la falta cometida por el trabajador. Por consiguiente, si luego de transcurrido este tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho, el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo con base en aquel, es dable entender que su determinación obedeció a otro motivo y no a la comisión de la falta propiamente dicha. Es decir, la regla de la contemporaneidad evita que, bajo el pretexto de sancionar o castigar una falta pretérita, el empleador despida al trabajador por causas distintas.»*

Luego entonces, con base a lo anterior se tiene que las causales alegadas en la carta de despido, consistente en 1. Presentar de forma extemporánea conciliaciones bancarias y pagos, 2. Incumplir el compromiso que adquirió en el proyecto SAP de asesoría y seguimiento, 3. Perdida Injustificada de tiempo 4. El borrado de información contable de multicash, no fueron las que configuraron el despido, según pasa a exponerse:

La entidad convocada a juicio enunció que, con ocasión a las faltas descritas en líneas anteriores, la trabajadora fue citada a diligencia de descargos el 6 de abril de 2016; de dicho procedimiento, se logra establecer que aquella falta relacionada con la extemporaneidad de conciliaciones bancarias y aviso de pago, se trató de hechos ocurridos el 4 y 18 de enero de 2016 y 25 de febrero de 2016. En tanto aquella consistente en borrado de información, acaeció el 11 de marzo de 2016, y respecto de las demás, si bien no se describe el día en que ocurrieron, lo cierto es, que todas generaron una citación, para que la accionante justificara su actuar, la cual se efectuó en la fecha ya señalada.

Ahora, pese a que la demandante expresó las razones o justificación de su actuar, nótese que el empleador no tomó en su momento ninguna medida o correctivo, para mejorar la situación, tampoco le realizó llamado de atención o memorando alguno o advertencia, por lo que se entiende que dispensó o perdonó la falta cometida por la trabajadora, máxime cuando la representante legal de la compañía accionada, manifestó que una vez recibidos los descargos, se tomaba una decisión: *“se procede a evaluar, pues lo aportado o digamos lo escuchado en la diligencia y se toma una decisión final frente a el tema disciplinario.”*

Tan fue así, que solo con ocasión a la pérdida de un CDT el día 17 de mayo de 2016, que generó la diligencia de descargos del 19 de mayo de 2016, es que el empleador, decide dar por terminado el contrato, acumulando toda las faltas, a sabiendas que en su momento y conociendo las razones y justificaciones dadas por la trabajadora, ante las omisiones y actuaciones generadas con anterioridad a esta última, no tomó ninguna decisión, es decir, que de no haberse presentado la pérdida del documento en mención no se hubiese terminado el vínculo laboral.

Ahora si bien, el empleador puede acumular una seria de faltas, ello será válido siempre que actué con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo, pues de no hacerlo en un tiempo razonable, se concluye que perdonó o paso por alto la falla, además de entenderse en caso de culminación del vínculo, que su determinación obedeció a otro motivo.

Así las cosas, se reitera como quiera que, respecto de las faltas ya enunciadas en líneas anteriores, el empleador no tomó oportunamente los correctivos necesarios, se considera que dichas causales no fueron las que generaron la culminación de la relación laboral, y que en si la única que conllevó a tomar la mencionada determinación, fue la pérdida de un CDT, por \$44.000.000, por lo que solo se estudiara si la misma se configuró y si este hecho generador conllevaba a la terminación del contrato.

En este orden, tenemos al observar el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la compañía accionada, visible a folio 138 que, en la cláusula octava, se indicó:

*“PARAGRAFO: Cualquier violación de las obligaciones y prohibiciones establecidas en este contrato en los reglamentos de la empresa y las previstas en los artículos 58 y 60 del C.S.T, se acuerda expresamente con el TRABAJADOR que constituyen falta grave, por lo que legalmente constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del EMPLEADOR.”*

Entre tanto en el mencionado contrato, se enunció como obligaciones del trabajador: *“Desempeñar con diligencia y cuidado el cargo de PROFESIONAL DE TESORERIA todas las demás funciones propias, anexas o complementarias del cargo u oficio para el que se le ha contratado y a incorporar su capacidad normal de trabajo al servicio del EMPLEADOR, en el desempeño de las funciones que le sean asignadas y de conformidad con los reglamentos, ordenes, procesos, procedimientos, instrucciones e indicaciones que reciba del EMPLEADOR y sus representantes e igualmente adquiere la obligación de desempeñar cualquiera otra función que le sea señalada por el mismo EMPLEADOR, lo que acepta de antemano.”*

Adicionalmente en el literal d) del artículo 45 del Reglamento Interno de Trabajo, se enunció como faltas graves: *“Violación por parte del trabajador de las obligaciones contractuales, reglamentarias o legales, la cual se considerará falta grave en todos los casos, aún por la primera vez”* (folio 286)

Luego entonces, se considera que le corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si la demandante incumplió con sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, en la medida que en el contrato de trabajo y en el reglamento interno de trabajo, se dejó claro que dicha inobservancia se consideraba una justa causa que conllevaba a la terminación del vínculo.

En este orden de ideas, tenemos que la demandante en la diligencia de descargos efectuada el 19 de mayo de 2016, preciso frente a la pérdida del CDT: *“ese CDT TENIA UNA renovación el 19 de febrero de 2016, con una fecha de vencimiento a 90 días, ósea que se vencía el 15 de mayo de 2016. Ese 19 de febrero me entregaron todos los documentos en donde estaba un soporte en el cual se mencionaba el valor del CDT y lo que le iban a consignar en la cuenta a ella por los intereses. Me entregaron los físicos, subí a la oficina de la dra. MARIA EMILSE quedo renovado el CDT a nombre de la Dra. Lina y le pregunte que si tesorería se quedaba en custodia de esos documentos, que si se los enviaba a la Sra. Doris*

*que hace la parte administrativa del CRI o que si se los entregaba a la Dra. Lina, después me encontré en la tarde y me dijo que se los entregara ella personalmente a la Dra. Lina. Desde (sic) esa fecha no volví a hacer seguimiento a los documentos. El cdt (sic) se vencía el 15 de mayo de 2016 y solicite a la persona del banco Bancolombia que me regalara la tasa para la renovación, le pregunte a MARIA EMILSE que le preguntara a la dra MARIA EMILSE (sic) si se iba a cancelar o renovar el cdt (sic). El día viernes 13 de mayo me llamo MARIA EMILSE y me informó que debida solicitar la cancelación del cdt, hice la carta, se la entregaste (sic) a MARIA EMILSE para pasársela a MARIA EMILSE para que ella se encargara de las firmas. Le indique a MARIA EMILSE que debían adjuntar el cdt original a la carta para que el banco proceda con la cancelación. Ellas se llevaron la comunicación y el lunes la entregaron firmada a DIANA CIPASUCA para que realizara el CDT. A diana (sic) le indicaron que debía comunicarse con la Sra. DORIS para verificar si ella tenía el CDT en custodia, pero no aparecía, entonces diana (sic) Cipasuca me llamo en la tarde del lunes 16 de mayo de 2016, para preguntarme si sabía del CDT. Y a lo cual le conteste que se lo había entregado a la dra. Maria Obanda y que ella se lo entregaría a la dra Lina. EL MARTES (sic) 17 de mayo me indicaron que debía subir a la oficina de la dra. Maria Obanda para hablar con ella donde le explique lo ocurrido. Ella estaba muy molesta porque no le hice firmar un recibido, donde yo le contesté que era un tema personal de la dra lina (sic) y no vi necesario la firma de recibido.”*

Así mismo, indicó la demandante en el citado trámite que, conocía el procedimiento y protocolo de entrega de documentos a su cargo: *“Si los conozco, y todo lo entregó (sic) con memorando.”* Y finalmente frente a la pregunta si debió entregar el título con el soporte, contestó: *“si, pero la Dra Maria Obanda, me indicó que se lo dejara y como era un tema personal no lo vi necesario.”*

Ahora en el interrogatorio de parte, absuelto ante el Juzgado de conocimiento, la accionante aceptó que dentro de sus funciones tenía la custodia y control de títulos valores como cheques y CDT: *“Tenía a cargo la custodia si de cheques, títulos valores del holding empresarial en ningún momento en mi contrato decía que tenía que manejar a título personal.”* Igualmente afirmó que bajo su custodia y seguimiento se encontraba un CDT por la suma de \$40.000.000 de propiedad de una de las accionistas de MEDPLUS y representante legal de la compañía WORLDWIDE ADVISORS: *“Si es cierto, tenía conocimiento del CDT, yo le abrí el CDT pero nunca lo tuve en mi custodia, porque la primera vez que le hice el CDT, la que guardo el CDT fue la secretaria de recuperarte, no me acuerdo el nombre de la que era secretaria en ese momento, y la vez que no sabían dónde estaba, yo se lo entregue a la mano a la doctora María Obando que ella muy amablemente me dijo que se lo entregaba directamente a su hermana.”*

Así mismo, se escuchó la declaración de la testigo MARIA EMILCE NIETO CASALLAS, quien fue la jefe de la demandante y aseguró que entre las funciones de la trabajadora se encontraba el manejo de títulos valores como CDT: *“Dentro de las funciones de Karol está la administración de la caja fuerte y el manejo de títulos valores, cheques, CDT y demás títulos de renta, efectivamente Karol desarrolló dentro de su trabajo en más de una oportunidad el llevar cuentas de algunos de nuestros accionistas o directivos de la organización entre esas la doctora Lina Mejía; Karol le hizo la prórroga en el mes, creo que de agosto del año anterior del título, en marzo le entregó por copia certificada la entrega del título a Karol en el momento de llegar el vencimiento del título, pues se requiere el título para hacer redimir los recursos se busca quien tenía el título y Karol pues en sus funciones debería tenerlo dentro de la caja fuerte se hace la revisión de la caja y no tiene el título entonces eso da lugar a que se prorrogue de manera automática el título y se pierda la oportunidad de redimirlo y pues generando la contravención final pues de haber perdido el control del documento.”*

Igualmente, la testigo OLGA LUCIA BUSTOS, quien fue compañera de trabajo de la actora, manifestó que entre las funciones de KAROL MARTINEZ, se encontraba el manejo de títulos valores: *“Las funciones de Carol era todo el tema de bancos, bajar los extractos bancarios suministrarnos toda la información a nosotros, todo el tema de títulos valores tenía el tema de los token y relacionamiento con los bancos.”*

Luego, el material probatorio reseñado permite concluir que dentro de las funciones de la señora KAROL MARTINEZ BUSTOS, se encontraba la custodia de los títulos valores -CDT-, que para la entrega de los mismos a personal distinto, se debía seguir unos protocolos, y a pesar de tener conocimiento de dicho procedimiento, lo desacato, ya que entregó el documento sin soporte de entrega, bajo el convencimiento que ello no era necesario, lo que generó su pérdida, siendo evidente que incumplió con sus obligaciones lo que constituía una falta grave y la terminación del vínculo laboral. Y si bien el mismo apareció con posterioridad, lo cierto es que fue evidente el descuido, tan fue así que, la misma demandante aceptó que ya estaba realizando el trámite para su reposición.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR, pero por las razones aquí expuestas la sentencia de primera instancia, ya que la causal alegada por la pasiva en la carta de despido, está debidamente probada.

#### **COSTAS:**

Por resultar desfavorable el recurso a la demandante, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma

equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la accionada que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

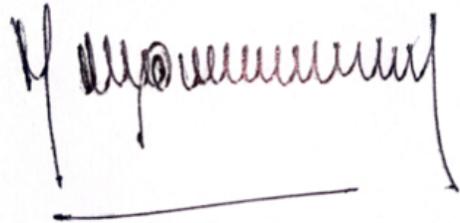
**PRIMERO: CONFIRMAR** por las razones aquí expuestas, la sentencia proferida el 1 de octubre de 2021, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Apelación sentencia  
Demandante: Karol Johana Martínez Bustos  
Demandada: Medplus Medicina Prepagada SA  
Radicación: 11001-31-05-**019-2016-00576-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito precisar que, aunque estoy de acuerdo con la decisión proferida, me aparto parcialmente de las consideraciones relacionadas con el principio de inmediatez para efectos del despido del trabajador, en particular, la conclusión respecto a que no fueron la totalidad de faltas relacionadas las que configuraron el despido de la demandante, tras advertirse condonadas por cuanto previamente la demandante había sido citada a descargos por algunos de esos hechos, y ante la ausencia de medida o correctivo, llamado de atención o advertencia *“se entiende que dispensó o perdonó la falta cometida por la trabajadora”*.

Ello, por cuanto en mi sentir, el tiempo transcurrido entre unos y otros hechos, no resultó excesivo, y además, el hecho de que la empresa no hubiera impuesto sanción disciplinaria luego de la citación a descargos, tras la ocurrencia de los primeros, no implica *per se* su condonación; empero, sí considero que fue justamente el cúmulo de faltas lo que derivó en la decisión, luego de la segunda diligencia de descargos, que se llevó a cabo a poco más de un mes de la primera, resultando la acreditación de cualquiera de ellas suficiente para poner fin al vínculo laboral, con justa causa.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Firmado Por:  
Luz Patricia Quintero Calle  
Magistrada  
Sala Laboral

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **462370d3438a20e571a0eaa4864a523e6fe927c528a1ad0dcbebe54909aaadb4**

Documento generado en 31/03/2023 12:24:00 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 22-2016-00275-02**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA**  
**DEMANDADO: CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION - CUC  
GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA  
DEL CARIBE SA ESP – GECELCA  
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA  
(Litisconsortes necesario)  
SBS SEGUROS COLOMBIA SA (Litisconsorte necesario)  
PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS (Litisconsorte  
necesario)**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (CHINA  
UNITED ENGINEERING CORPORATION)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22º Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

De conformidad con el poder de sustitución conferido por el Dr. JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA, en calidad de apoderado judicial de GECELCA, se **reconoce personería** para actuar dentro del presente proceso al Dr. JOHAN ALEXIS HURTADO PATIÑO, identificado con C.C. No. 1.110.543.857 de Ibagué y T.P. No. 328.585 del C. S. De la J., como apoderado sustituto de la parte demandada GECELCA, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido visible a folio 30 del expediente.

Los apoderados de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA, así como de GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE GECELCA SA ESP, SBS SEGUROS COLOMBIA SA, CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 09 de diciembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El señor **CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION (CUC)**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA, como empleado de CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION (CUC) como empleador, desde el 05 de julio d 2013 hasta el 11 de octubre de 2015.
2. Que se declare que el demandante devengaba como salario una asignación básica mensual por valor de \$17.300.000 y que los pagos recibidos bajo los conceptos de prima de localización y alimentación, gastos de transporte e incentivos de productividad reflejados en nómina como bonificaciones, tienen naturaleza salarial y por lo tanto se declare que tales factores deben integrar la base salarial.
3. Que se declare judicialmente que la relación laboral fue terminada sin justa causa por el empleador.
4. Que en virtud de los Arts. 34 y 36 del CST se declare a GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA EPS (GECELCA SA ESP) es solidariamente responsable de todas las condenas impuestas a CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, por ser beneficiario de la obra.
5. Que se declare que durante la vigencia del contrato de trabajo CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, no cumplió con su obligación de consignación anual en la sociedad ad ministradora de fondos de elección del demandante, de los saldos totales y correctos causados a su favor por concepto de cesantías del año 2013, 2014 y porción del 2015, toda vez que omitió la totalidad de factores salariales correspondientes.
6. Que se declare que durante la vigencia del contrato CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, no cumplió con su obligación de pagar

en el mes de julio de 2013, salario al que denominó prima de localización y alimentación por valor de \$5.500.000.

7. Que se declare que durante la vigencia del contrato CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, no cumplió con su obligación de pagar en el mes de octubre de 2015, salario al que denominó prima de localización y alimentación por valor de \$3.300.000.
8. Que se declare que durante la vigencia de la relación laboral CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, incumplió su obligación de pagar a favor de su trabajador, las primas semestrales, cesantías, intereses a las cesantías sobre los saldos anuales y las vacaciones causadas con la totalidad de factores salariales correspondientes y que por tanto adeuda sumas por tales conceptos.
9. Que se declare que CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, al no ponderar la totalidad de factores salariales devengados por el demandante, incumplió su obligación de liquidar en forma correcta y pagar prestaciones sociales y demás acreencias causadas a favor del demandante a la finalización de la relación laboral, es decir, el saldo de cesantías correspondiente al año 2013 y 2014 y proporcional correspondiente al año 2015, primas semestrales de servicio correspondientes al año 2013, 2014 y 2015, vacaciones y demás conceptos incluidos en la liquidación final.
  - El saldo de cesantías correspondiente al año 2013
  - El saldo de cesantías correspondiente al año 2014
  - Proporción correspondiente al saldo de cesantías año 2015
  - Primas semestrales de servicio correspondiente al año 2013
  - Primas semestrales de servicio correspondiente al año 2014
  - Primas semestrales de servicio correspondientes al año 2015
  - Vacaciones por tiempo laborado, esto es, el año 2013 al 2015
10. Que se declare que CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, incumplió durante toda la vigencia del vínculo laboral, su obligación legal de reportar en forma debida el salario devengado por su trabajador y por ende efectuó cotizaciones deficitarias a los sistemas de seguridad social integral en pensión, salud y riesgos profesionales.
11. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al empleador CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y solidariamente a GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBA SA EPS – GECELCA SA ESP a pagar al demandante los siguientes conceptos laborales, salariales, prestaciones e indemnizatorios así:

**CONDENAS:**

1. Pago salario que denominó CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION prima de localización y alimentación del año 2013 correspondiente al mes de julio, por valor de \$5.500.000 dineros que nunca fueron cancelados bajo ninguna denominación hasta la fecha.
2. Pago salario que denominó CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION prima de localización y alimentación del año 2015 correspondiente la mes de octubre, por valor de \$3.300.000 dineros que nunca fueron cancelados bajo ninguna denominación hasta la fecha.
3. Por concepto de re liquidación de cesantías así:
  - a. Reliquidación a cesantías de 2013, teniendo como salario base la suma de \$17.300.000, saldo adeudado \$3.700.000.
  - b. Reliquidación a cesantías de 2014, teniendo como salario base la suma de \$17.300.000, saldo adeudado \$7.400.000.
  - c. Reliquidación a cesantías de 2015, teniendo como salario base la suma de \$17.300.000, saldo adeudado \$8.058.000.
4. Pago por concepto de reliquidación de los intereses sobre las cesantías causados a diciembre 31 de los años 2013, 2014 y proporcional del año 2015, tomando para ello la base correcta de cesantías de cada periodo:
  - a. Reliquidación de los intereses a las cesantías de 2013, teniendo como salario base la suma de \$17.300.000, saldo adeudado \$865.000.
  - b. Reliquidación de los intereses a las cesantías de 2014, teniendo como salario base la suma de \$17.300.000, saldo adeudado \$888.000.
  - c. Reliquidación de los intereses a las cesantías de 2015, teniendo como salario base la suma de \$17.300.000, saldo adeudado \$508.756.
5. Pago por concepto de reliquidación de las primas semestrales causados a diciembre 31 de los años 2013, 2014 y proporcional del año 2015, tomando para ello la base correcta de cesantías de cada periodo:
  - a. Reliquidación de la prima semestral de 2013, saldo adeudado \$6.175.000.
  - b. Reliquidación de la prima semestral de 2014, saldo adeudado \$6.175.000 por cada semestre.
  - c. Reliquidación de la prima semestral de 2015, saldo adeudado \$6.175.000 por cada semestre.
6. Pago de la reliquidación de las vacaciones causadas y no disfrutadas y canceladas a la terminación de la relación laboral, tomando en consideración el promedio salarial derivado de la sumatoria de la totalidad de los factores salariales, habiendo el empleador consignado al demandante la suma de \$11.261.250 y quedando un faltante a favor del trabajador por valor de \$8.029.028, mas bonificaciones.
7. Pago de la re liquidación de los valores pagados a PORVENIR, por concepto de cotizaciones al sistema general de pensiones por todo el

tiempo de servicio, con sus respectivos intereses moratorios, tomando en consideración el promedio salarial de la sumatoria de la totalidad de los factores salariales, esto es, sobre la base salarial de \$17.300.000.

8. Pago reliquidación por despido injusto sobre el salario básico de \$17.300.00, habiéndose pagado la suma de \$12.911.000 quedando un faltante por pagar de \$9.212.111.
9. Pago de la sanción establecida en el Art. 99 Numeral 3 de la Ley 50 de 1990 por omisión de la obligación de consignación debidamente de los saldos anuales de cesantía causados a favor del demandante a diciembre de cada uno de los años laborados: 2013, 2014 y no pago del saldo en forma debida de las causadas hasta el 11 de octubre de 2015 fecha en la que se terminó su contrato de trabajo, dada la conducta de mala fe desplegada por la empleadora, y de la cual debe pagar un día de salario por cada día de retardo, esto es por valor de \$576.666 diarios desde febrero 14 de 2014 y el 14 de febrero de 2015.
10. Pago de la indemnización establecida en el Art. 65 del CST por falta de pago o moratoria debido a que a la finalización de la relación laboral se adeudan salarios, saldo de cesantías, saldos de prima de servicio, saldos de intereses a las cesantías y saldo de vacaciones. La conducta de mala fe desplegada por la empresa, patentada en la forma en que impuso el pago de salarios y demás conductas descritas en este escrito. Esto es un día de salario por cada día de retardo desde el 11 de octubre de 2015 equivalente de \$576.666 diarios.
11. Que se ordene la indexación de las sumas adeudadas.
12. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La sociedad **CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION** (fl. 709 a 751 y 1035 a 1068) y **GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGIA DEL CARIBE SA ESP** (fl. 576 a 585 y 1020 a 1026), contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 25 de mayo de 2017.

Mediante auto del 25 de mayo de 2017, se **ordenó la integrar** el LITIS CONSORCIO NECESARIO del presente asunto las aseguradoras **AIG SEGUROS COLOMBIA SA**, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA** y **LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS** (fls. 1179 y 1180).

MPAFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA contestó la demanda (fls. 1235 a 1252), así como LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGURO (fls. 1261 a 1294) y AIG SEGUROS COLOMBIA SA (fls. 1311 a 1345), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 29 de agosto de 2017 (fl. 1394).

### **REFORMA DE LA DEMANDA**

La parte demandante presentó reforma de la demanda incluyendo nuevos hechos y medios de prueba a la demanda inicial (fls. 1000 a 1015), siendo admitida mediante auto del 24 de marzo de 2017.

### **CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA**

La sociedad **CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION** (fl. 1027 a 1032) y **GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGIA DEL CARIBE SA ESP** (fl. 576 a 585 y 1020 a 1026), contestaron la reforma de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 25 de mayo de 2017

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 22° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de noviembre de 2021, **DECLARÓ** que entre **CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA** y **CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION** existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de julio de 2013 y hasta el 11 de octubre de 2015.

**DECLARÓ** que la suma percibida por el demandante **CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA**, por concepto de prima de localización y alimentación equivalente a \$6.600.000 constituye factor salarial, y en consecuencia, el salario real mensual totalizado ascendió a las siguientes sumas:

<b>AÑO</b>	<b>VALOR RECONOCIDO</b>	<b>VAL. DECLARADO</b>	<b>SALARIO REAL TOTAL</b>
2013	\$9.900.000	\$6.600.000	\$16.500.000
2014	\$9.900.000	\$6.600.000	\$16.500.000
2015	\$9.900.000	\$6.948.661	\$16.848.661

**CONDENÓ** a CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION a reconocer y pagar a favor del demandante, los siguientes conceptos que fueron liquidados únicamente con las diferencias no reconocidas como factor salarial y se dotó como tal:

1. CESANTÍAS	\$15.344.086
2. INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$1.503.094
3. PRIMA	\$15.344.086
4. VACACIONES	\$7.672.043

**CONDENÓ** a la demandada CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION a reconocer y pagar a favor del demandante, por concepto de indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del CST, a partir del 12 de octubre de 2015, a razón de un salario diario de la suma que no fue reconocida como factor salarial y que se dotó como tal correspondiente a \$228.288, por cada día de retardo, por el término de 24 meses, esto es, hasta el 11 de octubre de 2017, momento a partir del cual deben reconocerse los intereses moratorios máximos fijados por la Superintendencia Bancaria y hasta que se verifique el pago.

**CONDENÓ** a la demandada CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION a reconocer y pagar a favor del demandante, por concepto de indemnización por despido sin justa causa previsto en el Art. 64 del CST la diferencia entre el valor ya pagado y liquidado, correspondiente a \$8.992.009.

**CONDENÓ** a la demandada CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION a reconocer y pagar por concepto de sanción moratoria contemplada en el Art. 99 de la Ley 50 de 1999, teniendo en cuenta como salario diario la suma que no fue reconocida como factor salarial y se dotó como tal para los años 2013 y 2014, correspondiente a \$220.000, equivalente a la suma de \$131.560.000.

**CONDENÓ** a CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION a reconocer y pagar a favor del demandante los aportes en Seguridad Social en Pensiones, para lo cual el demandante aportará al Fondo de Pensiones de su preferencia, copia de éste fallo a fin de que esa entidad elabore el correspondiente cálculo actuarial por concepto de las diferencias de aportes para pensión entre el valor del IBC reportado y pagado y el valor real que por salario percibió el actor desde el 15 de julio de 2013 al 11 de octubre de 2015, teniendo en cuenta los valores que se dotó de factor salarial, sin que en todo caso con la suma de valor reportado y el aquí declarado, se supere el tope o monto máximo de la base de aportes a Seguridad social equivalente a 25 SMLMV, según dispone el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003:

<b>AÑO</b>	<b>VAL. FAC SALARIAL</b>
2013	\$6.600.000
2014	\$6.600.000
2015	\$6.948.661

**CONDENÓ** de manera solidaria a la sociedad GENERADORA COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA CARIBE SA ESP – GECELCA SA, de la totalidad de las condenas impuestas a través del presente proceso.

**DECLARÓ PROBADA** la excepción de ausencia de cobertura propuesta por PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS.

**DECLARÓ** la producción del siniestro y afectación sobre la póliza No 22023130000701 con vigencia del 2 de febrero de 2011 y hasta el 17 de marzo de 2019 de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA, para cubrir de manera exclusiva la condena impuesta por concepto de prestaciones sociales.

**DECLARÓ** la afectación de la póliza No 1000001 de IAG SEGUROS DE COLOMBIA respecto del pago de las indemnizaciones condenadas, solo en caso de que se llegue a superar el valor asegurado por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA y teniendo en cuenta lo causado en vigencia de la póliza, esto es, del 5 de noviembre de 2013 y hasta el 2 de agosto de 2010 y hasta el límite del valor asegurado.

**CONDENÓ** en COSTAS a la parte demandada por resultar vencida, incluyendo como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

**ADICION DE SENTENCIA:**

**ABSOLVIÓ** a AIG SEGUROS DE COLOMBIA la afectación de la póliza número No. 100647 con vigencia del 12 de noviembre del 2013 hasta el 5 de agosto del 2016 y la póliza No. 100001 con vigencia del 5 de noviembre del 2013 hasta el 2 de agosto del 2019, de esas dos pólizas se absuelve, la condena fue únicamente de la otra.

**RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada (CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION)** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. PAGOS NO SALARIALES:** Señala que el Juzgado de instancia no tuvo por probadas tanto las pruebas documentales como las testimoniales aportadas dentro del expediente, indicando que no les dio valor probatorio que éstas merecían, teniendo en cuenta que, los pagos no salariales fueron acordados de común acuerdo como NO constitutivos de salario, sin que sea considerado como mala fe por parte de la demandada, sino que al tener en cuenta la naturaleza, no iban a ser contraprestación directa del servicio, aunado a que no enriquecen el patrimonio del actor, principalmente, porque cada uno de estos rubros, tenía una destinación exclusiva, trayendo a colación el proceso con radicado 2018-133 tramitado en el Tribunal de Bogotá, quien indicó: *“(.. .) que los elementos de prueba analizados frente a los denominados auxilio de vivienda, auxilio de alimentación, y de transporte, se encuentran que dichos emolumentos según el contrato de trabajo se fijaron como un pago mensual no constitutivo de salario en la cláusula quinta del contrato y aun cuando fue cancelado de manera periódica, es de notar que dicha remuneración no fue percibida como contraprestación directa del servicio ni para enriquecer el patrimonio del actor, pues a las voces de lo plasmado en el contrato estos reconocimientos no constituían factor salarial y eran destinados exclusivamente para atender tales necesidades, por lo que se colige que estos auxilios no tendrían la incidencia de salarial perseguida por la demanda. Al punto conviene precisar en primer lugar que el contrato fue claro al referir que el auxilio de vivienda se cancelaba por cuanto el empleador se tendría que desplazar de su domicilio principal para que el caso del demandante no era la ciudad de Bogotá para la ciudad de Montelíbano (en el caso particular desde la ciudad de Ibagué), al paso que el auxilio de transporte se destinaba para que el empleado sufragara los gastos por concepto de transporte hacia su domicilio de residencia en la ciudad de origen circunstancias que fueran ratificadas por las declaraciones de Juan Carlos Ortiz director de gestión humana y Carlos Gerardo Angarita. En segundo lugar al revisar los otros ítems al contrato de trabajo, no se observa que las partes hayan modificado su naturaleza no salarial pues el propósito de la suscripción de aquellos fue aumentar los valores inicialmente reconocidos al punto de que allí se plasmó que las demás condiciones y los párrafos fijados en el contrato inicial seguían vigentes, al tener en cuenta esas características de los pagos efectuados se observa que es un pago no constitutivo de salario de los consagrados en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo y que de manera expresa*

*permite que sean excluidos como lo señala el artículo 28 que fue modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990.”*

En este orden de ideas, como los emolumentos fueron recibidos de manera periódica, lo cierto es que no fueron percibidos por el demandante como contraprestación directa del servicio, sino como su nombre lo indica, estaban dirigidos a la alimentación, vivienda, y transporte tal como se evidencia a folios 655 hasta el folio 657 donde reposaban constancias del vuelo desde la ciudad de Bogotá hasta Montería, de tal manera que de estas pruebas se deduce que, no procede la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aporte a pensión, indemnización por despido moratorio y sanción por no consignación de las cesantías en el fondo correspondiente, en razón a que lo accesorio corre la suerte de lo principal y en consecuencia se revocaría la sentencia de primera instancia en este punto por las razones expuestas.

2. **MALA FE:** Indica que la demandada actuó como un empleador con buena fe desde la celebración del mismo contrato de trabajo, su ejecución y terminación unilateral sin justa causa, por lo que son inexistentes los comportamientos que lleguen a evidenciar la mala fe de la demandada, máxime si se tiene en cuenta que no es de aplicación automática, razón por la cual, la condena debe obedecer a una sanción impuesta a la conducta del empleador carente de buena fe que conduce a la ausencia o deficiencia en el pago de origen salarial o prestacional, en consecuencia la absolución es posible si se demuestra una conducta de buena fe, precisando en todo caso que, no se ha acreditado una conducta de mala fe por parte de la demandada. Por otro lado, puede actualizarse las condenas con la aplicación de la indexación, como quiera que no procede la indemnización moratoria.
  
3. **COSTAS:** Presenta recurso de apelación en contra de la condena impuesta por concepto de costas.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **parte demandada (GECELCA)** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. **CONNOTACIÓN SALARIAL PRIMA LOCALIZACIÓN, PRIMA DE ALIMENTACIÓN Y PLAN DE INCENTIVOS:** Solicita se revoque la sentencia, teniendo en cuenta los procesos 04-2018-199 y 31-2018-133, mediante los cuales, el Tribunal de Bogotá concluyó que estos factores no constituían factor salarial tenidos en cuenta para re liquidar las prestaciones

sociales, dado que fueron pactados de mutuo acuerdo entre las partes y frente ello, no es una remuneración directa de la prestación del servicio del demandante.

2. **RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES:** Teniendo en cuenta los factores anteriormente mencionados no tienen carácter salarial, no queda otro camino que revocar la condena impuesta.
3. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Teniendo en cuenta los factores anteriormente mencionados no tienen carácter salarial, solicita se revoque la condena impuesta.
4. **INDEMNIZACIÓN POR DESPISO SIN JUSTA CAUSA:** Reitera que al no proceder el reconocimiento salarial de los emolumentos mencionados anteriormente, no habrá lugar a su reliquidación.
5. **PAGO APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL:** Solicita su revocatoria, teniendo en cuenta el no reconocimiento salarial de los emolumentos mencionados anteriormente,
6. **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:** Señala que al no existir relación civil o comercial entre la demandada y CHINA UNITED, conforme el artículo 34 del CST no cumple los requisitos allí dispuestos, esto es, no es beneficiaria de la obra, precisando que la apelante nunca celebró ningún contrato con CHINA UNITED, dado que al revisar los contratos RP 3 y RP 4, se evidencia que tales contratos se celebraron con GECELCA 3, la cual es una empresa completamente independiente de GECELCA, y en este caso lo que se suscribió fue un contrato de mandato entre GECELCA y GECELCA 3, para llevar a cabo la obra contenida en los contratos RP 3 y RP 4, en ese sentido no habría lugar a que se declarará solidaridad alguna dado que, Gecelca únicamente estaba en cumplimiento de su contrato de mandato celebrado con Gecelca 3, por este motivo, no habría lugar a que proceda condena solidaria.

Adicionalmente, indica que las actividades desarrolladas por CHINA UNITED son ajenas al giro ordinario del negocio con GECELCA, dado que no corresponden a una labor conexas, ni inherente al giro ordinario de sus labores, tal como se establece de los certificados de existencia y representación legal allegados al presente asunto. Así mismo, de acuerdo a los hechos planteados por el demandante, el servicio prestado por él no guarda ninguna relación con las actividades señaladas que realizaba

GECELCA y tampoco resulta anexa o complementaria a estas, lo cual, de entrada, descarta alguna responsabilidad solidaria respecto de las eventuales obligaciones laborales que llegan a ser confirmadas o establecidas entre CHINA UNITED y el demandante.

7. **COSTAS:** Solicita se revoque la condena impuesta por concepto de costas y agencias en derecho.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **Litisconsorte necesaria (MAPFRE)** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. **CONNOTACIÓN SALARIAL DEL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, TRANSPORTE Y TIQUETES Y BONIFICACIONES SALARIALES:**

Señala que su recurso se basa en los mismos argumentos expuestos por GECELCA, en tanto que ya se pronunció el Tribunal en los procesos 04-2018-199 y 31-2018-133, los cuales contiene identidad de situaciones fácticas, por cuanto se relacionaban con los mismos trabajadores de estos contratos, en donde se reconoció que el pacto salarial de exclusión salarial respecto a los emolumentos determinados como auxilio de alimentación, transporte, vivienda y tiquetes, será totalmente válido a la luz de los artículos 127 y 128 del ordenamiento laboral, en esa medida para aquella oportunidad, los magistrados estimaron que aunque estos pagos se evidenciaban en los comprobantes de pago de nómina mensual, lo cierto es que dentro del contrato de trabajo suscrito por el empleador y la parte actora, para este caso y para los restantes que se evocan en este fallo, desde la misma suscripción del contrato en virtud de las facultades y las obligaciones contractuales las partes acordaron que estos emolumentos se constituyan en no salariales, destacando una transparencia del empleador porque desde la misma redacción y la contratación inicial de este trabajador existía y era conocido por la parte actora esta exclusión salarial respecto a esos emolumentos, entonces mal podría tenerlo la señora juez como salariales, cuando desde la misma iniciación del contrato fueron excluidos y es que adicionalmente debe revalidarse y darse la connotación de que estos no eran pagos que enriquecieran al trabajador porque tenían una destinación específica.

2. **PRIMA DE LOCALIZACIÓN Y ALIMENTACIÓN:** Indica que las bonificaciones canceladas al actor no fueron de manera periódica, solamente se vinieron a presentar en unos meses en específico, y bajo unos presupuestos que previamente habían sido comunicados al

trabajador, es decir, que el trabajador era conocedor que esos incentivos por productividad no se podían tomar como salariales en razón a que obraban documentos en donde se indicaba como se iban a cancelar, y estos pagos estuvieron presentes en la relación laboral por unos tiempos determinados, se dieron por algo en específico, máxime cuando se tiene por probado que no retribuían de manera personal y directa el servicio.

3. **PLAN DE INCENTIVOS:** El plan de incentivos que reposa a folios 174 a 300, fue ampliamente conocido por la parte actora, de como iba a ser el trato de esos emolumentos, precisando que ellos no fueron permanente y solo fueron reconocidos dentro de un periodo determinado, por tal razón no pueden ser tratados como salariales.
4. **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:** Destaca que GECELCA y CHINA UNITED no celebraron contrato, en tanto que con quien celebró el contrato fue con GECELCA 3 para llevar a cabo una obra, lo cual fue a través de mandato, por lo que tampoco hay lugar a esa solidaridad, además por cuanto el giro ordinario de los negocios no son conexos, ni complementarios, y por lo tanto, no habría lugar a esa declaratoria de solidaridad.
5. **AFECTACION PÓLIZA No. 2202313000701:** Señala que el objeto contractual de la póliza y la cobertura de la misma están ampliamente definidas en el contrato que sustenta este amparo. En ese sentido, la póliza de cumplimiento 2202313000701 amparaba el contrato RP3, el cual fue suscrito en el año 2010, en contravía el contrato RP4 se suscribió en el año 2013, sin que estuviera diferenciado por la juzgadora, máxime si se tiene en cuenta que el demandante trabajó para la ejecución del contrato RP3 con conalvías, esto es, con el empleador anterior, precisando que la contratación del demandante se hizo con posterioridad al año 2013, cuando inició el contrato RP4, por lo que no podía condenarse bajo ningún motivo a MAPFRE, por lo que no podía hacerse extensiva las condenas por cuanto la póliza afectada no amparó el contrato RP4, contrato que fue ejecutado por el aquí demandante.
6. **CONDENA ASEGURADA POR SBS:** Por otro lado, señala que no es posible que una vez supere el valor asegurado por parte de MAPFRE, entrará a responder la aseguradora SBS, por cuanto lo que se debe revisar son las coberturas de cada una de las pólizas, para saber cual es el amparo que cubre, reiterando que el contrato amparado en el presente asunto es el contrato RP3, precisando que en la carga de la prueba no se determinó

con qué contrato fue que surgieron las obligaciones de la parte demandante, teniendo en cuenta que la relación laboral terminó en el año 2015, desconociéndose si el contrato RP 3 aun estaba vigente para dicha data.

- 7. INDEMNIZACIONES Y VACACIONES:** Señala por otro lado que, la póliza afectada por la Juzgadora de instancia no ampara las indemnizaciones y vacaciones, por lo que no son del resorte de MAPFRE, para cubrir dichas condenas.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **parte Litis consorte necesaria (AIG hoy SBS)** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. CONNOTACIÓN SALARIAL:** Señala que los rubros que se declararon con connotación salarial no quedaron demostrados que fueran constitutivos de salario, de hecho, aduce que lo que quedó demostrado fue que la empleadora liquidó y pagó la totalidad de las acreencias laborales; y por el contrario, las indemnizaciones de ley y los demás rubros reclamados en la demanda no podían ser tenidos como salario.

Indica que la remuneración del contrato de trabajo que recibía el demandante correspondía a la contraprestación de las actividades que desarrollaba, lo cual se limitaba a un salario fijo mensual de \$9.900.00 establecido en el contrato, los demás montos no estaban encaminados a retribuir su trabajo, sino a cubrir otro tipo de necesidades, tales como alojamiento, alimentación y vivienda, rubros que no pretendían remunerar la labor por él realizada, trayendo a colación los artículos 127 y 128 del CST, máxime teniendo en cuenta que no todos los meses recibía dicho dinero, y que si se recibió fue porque fue satisfactorio el cumplimiento de las metas, sin embargo, en varios meses no se realizó el pago de incentivos.

- 2. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:** Señala que dentro del proceso no se encontraba demostrada la solidaridad existente entre CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y GECELCA para el pago de los conceptos reclamados, en primer lugar, por cuanto el contrato fue celebrado entre CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y GECELCA 3, no con la GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE GECELCA, por otro lado, la actividad desarrollada por CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION se dedica a realizar ingeniería y construcción, e instalaciones de obras civiles, trayendo a

colación las sentencias del 8 de mayo de 1961, 17 de junio de 2008 y 5 de febrero de 2014 que indicaron que para que exista solidaridad, debe existir una relación material o sustancial de identidad entre la actividad normal o corriente de la persona contratante y la contratada, pues mientras una es una empresa de energía, la otra es una empresa de ingeniería y construcción, pues las actividades desarrolladas por las empresas demandadas no son intrínsecas, propias, ni conexas con las actividades corrientes o normales de generación y comercializadora de energía.

3. **ANTECEDENTES:** Por otro lado, señala que no se tuvo en cuenta los antecedentes de los procesos 04-2019-199 y 31-, los cuales son idénticos al presente asunto, y en los cuales no se evidenció que la prima de localización, alimentación, gastos de transporte e incentivos de producción fueran constitutivos de salario, así mismo, se indicó que no había solidaridad entre GECELCA y CUC, por que tienen un objeto social diferente y las actividades realizadas por cada uno era completamente diferente, y por tal motivo se absolvió de condenar a GECELCA, y en consecuencia a las llamadas en garantía.

En consecuencia, solicita se tenga en cuenta estos antecedentes y adicionalmente, la **tacha de los testigos** que fueron efectuados en su momento.

4. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Señala que no es procedente en este asunto, sin embargo, en el caso que sea confirmada, al ser un componente sancionatorio, la indemnización no puede ser trasladada al contratante del empleador, así en el evento en que se confirme la solidaridad laboral, no habría lugar a que GECELCA responda por éstos rubros.
5. **AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA No. 100001:** Manifiesta que no es procedente su afectación, como quiera que, no se acreditó dentro del presente asunto la responsabilidad solidaria, por otro lado, el objeto de la póliza afectada solo cubre el contrato RP4, consistente en la ejecución de ingeniería, construcción, instalación y puesta en operación comercial la unidad de generación de carbón de 273MW en sitio denominado GECELCA 3.2 en los predios de la Central de Gecela. No obstante, en el proceso no quedó demostrado con plena claridad si el demandante prestó o no sus servicios para el contrato de RP 4, las fechas en que lo hizo y las actividades que realizó, no se determinó en virtud de cual contrato surgieron las obligaciones a cargo del demandante, si bien se mencionó los contratos RP3 y RP4, lo cierto es que no se hizo el debido análisis de

lo mismo, de los contratos frente a los contratos de seguro, en virtud de lo cual, fueron **vinculadas las llamadas en garantía** al proceso.

Por otra parte, señala que la póliza se circunscribe a los términos de su clausulado, de su suma asegurada y de todos los términos que allí se hubieran pactado y en los mismos está la suma asegurada, la vigencia correspondiente y adicionalmente aclarar, que la misma cubre *únicamente* el pago de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, sin que haya lugar a que con la misma se pueda pretender el cobro o pago de intereses de mora o adicional, o rubros adicionales que se hayan reconocido en esta sentencia que no sean salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones.

- 6. COASEGURAMIENTO:** Finalmente, señala que la póliza afectada de SBS tiene un coaseguro del 10% con MAPFRE, lo que quiere decir que en el evento en que se confirme la responsabilidad de SBS, la condena no puede corresponder al 100% del valor de la suma asegurada o del valor de la condena eventualmente impuesta, sino que la misma únicamente se comprometió a amparar el 90%.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí hay lugar o no a tener como factor salarial la prima de localización, la prima de alimentación y el plan de incentivos devengado por el actor. **2)** En caso afirmativo, si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones reconocidas al actor a la finalización del vínculo laboral. **3)** Indemnización moratoria establecida en el Art. 65 del CST. **4)** Indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST. **5)** Diferencia de aportes en la Seguridad Social en Pensión. **6)** Responsabilidad Solidaria. **7)** Afectación póliza No. 2202313000701. **8)** Condena a cargo de SBS. **9)** Afectación Póliza No. 1000001. **10)** Coaseguramiento del 10% y **11)** Costas.

**EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

Sea lo primero precisar, que no fue motivo de inconformidad la existencia de una relación laboral entre CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA y CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de julio de 2013 y hasta el 11 de octubre de 2015.

**DEL SALARIO:**

Solicitan los apoderados de las demandadas se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se excluya la prima de alimentación, la prima de localización y el plan de incentivos de connotación salarial, en suma por cuanto las mismas fueron acordados de común acuerdo como NO constitutivos de salario, sin que sea considerado como mala fe por parte de la demandada, sino que al tener en cuenta la naturaleza, no iban a ser contraprestación directa del servicio, aunado a que no enriquecen el patrimonio del actor, principalmente, porque cada uno de estos rubros, tenía una destinación exclusiva.

Aunado a lo anterior, fueron insistentes en manifestar que no se tuvo en cuenta los antecedentes de los procesos 04-2019-199 y 31-2018-133, los cuales son idénticos al presente asunto, y en los cuales no se evidenció que la prima de localización, alimentación, gastos de transporte e incentivos de producción fueran constitutivos de salario, así mismo, se indicó que no había solidaridad entre GECELCA y CUC, por que tienen un objeto social diferente y las actividades realizadas por cada uno era completamente diferente, y por tal motivo se absolvió de condenar a GECELCA, y en consecuencia a las llamadas en garantía.

En este orden de ideas, afirman que si bien los emolumentos fueron recibidos de manera periódica, lo cierto es que no fueron percibidos por el demandante como contraprestación directa del servicio, sino como su nombre lo indica, estaban dirigidos a la alimentación, vivienda, y transporte tal como se evidencia a folios 655 hasta el folio 657 donde reposaban constancias del vuelo desde la ciudad de Bogotá hasta Montería, de tal manera que de estas pruebas se deduce que, no procede la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, aporte a pensión, indemnización por despido moratorio y sanción por no consignación de las cesantías en el fondo correspondiente, en razón a que lo accesorio corre la suerte de lo principal y en consecuencia solicita revocar la sentencia de primera instancia.

Al respecto, el art. 127 del C.S.T. preceptúa:

**“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.** *Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. 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”.*

Por su parte, el artículo 128 de la misma norma señala que **NO** constituyen salario 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 constituyan salario en dinero o en especie.

De allí se sigue que *«independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial»* (CSJ SL12220-2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, las partes optaron por suscribir contrato de trabajo a término indefinido, estableciendo como salario fijo la suma de \$9.900.000; por otro lado asignó el valor de \$6.100.000 por concepto de prima de localización, \$500.000 por prima de alimentación y \$800.000 por gastos de transporte, éstas últimas le restó el carácter de salarial.

Así pues, a folios 757 y siguientes del plenario reposa copia del contrato de trabajo suscrito entre el señor CARLOS AUGUSTO TINOCOABELLO SILVA y CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, mediante la cual se pactó en su numeral quinto lo siguiente:

#### **“5. REMUNERACIÓN**

*El empleado tendrá como remuneración un salario fijo mensual en la cuantía señalada en la sección B) pagadera en pesos colombianos y con la periodicidad anotada. Dentro de este salario mensual se entiende incluido el valor de la remuneración por los días de descanso obligatorio por el correspondiente mes de servicios.*

**PARAGRAFO PRIMERO.** – *La empresa proporcionará al Empleado la suma de seis millones cien mil pesos (\$6.100.000 m/cte) colombianos moneda corriente, mensualmente como prima de localización y alimentación, y quinientos mil pesos (\$500.000 m/cte) colombianos moneda corriente, como prima de alojamiento, toda vez que el empleado se tiene que desplazar desde su domicilio principal en la ciudad de Ibagué hasta la ciudad de Monte Líbano. Adicionalmente, el empleador sufragará los viáticos en lugares distintos al campo de GECELCA3 a donde se*

*tenga que trasladar el empleado para cumplir con sus funciones. Estas sumas serán destinadas exclusivamente a atender tales necesidades y no constituyen factor de salario.*

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** – *La empresa sufragará los costos que se generen como consecuencia de la prestación de los servicios de Transporte aéreo, de trayecto y retorno a Santa Fe de Bogotá o Medellín o Ibagué, cuando el trabajador disfrute de su jornada de descanso, de igual forma los gastos de transporte terrestre ida y regreso hasta Monte Líbano, pero de ninguna forma estos gastos podrán exceder la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS M/CTE (\$800.000) mensualmente. La alimentación y el transporte correspondiente a la jornada de trabajo, es por cuenta y costo del empleador. Todas las sumas descritas en esta parágrafo serán destinadas exclusivamente a atender tales necesidades de alimentación, alojamiento y transporte, no constituyen factor de salario.”*

Así las cosas, y por razones de método, la Sala procede a estudiar cada uno de los conceptos apelados por la demandada así:

### **1. PRIMA DE ALIMENTACIÓN Y LOCALIZACIÓN:**

Se tiene pues que de conformidad con los comprobantes de nómina para los periodos julio de 2013 a octubre de 2015 que obran a folios 818 a 863 del expediente, se logra corroborar que efectivamente el demandante devengó de manera permanente y durante toda la vigencia de la relación laboral la suma de \$6.600.000 por concepto inicialmente denominado como PRIMA DE LOCALIZACIÓN Y ALIMENTACIÓN, el cual fue modificado a lo largo de la vigencia del contrato a AUXILIO DE ALIMENTACIÓN a partir de mayo de 2014.

Conforme lo anterior, se logra acreditar la habitualidad de su pago, situación que se logra corroborar con lo manifestado por el representante legal de la demandada CUC en su interrogatorio de parte.

Así mismo, se recibió el testimonio de los señores JUAN DAVID JARAMILLO, JORGE JAVIER CASTAÑEDA y MIGUEL ANTONIO NAVARRETE, quienes fueron objeto de **TACHA DE SOSPECHA** por el apoderado de la parte demandada SBS, en oportunidad, en razón que han presentado demanda en contra de las aquí accionadas, en términos similares.

Al respecto, la ley ha señalado en el artículo art. 211 del C.G.P., aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del C.P.L, preceptúa:

*“Que son sospechosas para declarar las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón del parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”*

Empero, sabido es que la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción de

este, sin que ello implique, en manera alguna un quebrantamiento a la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares, y en ese sentido al tratarse de compañeros de trabajo del actor, y si bien han podido presentar demandas en contra de las empresas demandadas, esto no es limitante para estudiar y valorar ésta prueba testimonial.

Aclarado lo anterior, se concluye que éstos testigos fueron coincidentes en manifestar que contaban con un casino el cual, podían almorzar así como que el hospedaje en Monte Líbano era una fracción del valor reconocido, que recibían mes a mes, sin interrupción o exigencia de metas o algo similar.

Conforme la prueba allegada al plenario se logra evidenciar, contrario a lo afirmado por los apelantes, que el pago por concepto de auxilio de alimentación y localización aparece reconocido y pagado al demandante todos los meses desde julio de 2013 a octubre de 2015 inclusive conforme se evidencia de los comprobantes de nómina, así como la prueba testimonial allegada al plenario.

Ahora, vale la pena resaltar que a folio 804 del plenario reposa certificación expedida por la demandada CUC a favor del demandante, con fecha del 11 de octubre de 2015, donde se indicó que se le otorgaba un auxilio de “vivienda y transporte” por valor de \$6.600.000, información que no es coincidente con la consignada en los comprobantes de nómina aportadas por las partes, pues si bien el demandante devengaba mensualmente la suma de \$6.600.000, correspondía al AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, no a la allí consignada.

Así mismo, vale la pena traer a colación la sentencia SL479 de 2023, mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrino que *“Error de hecho de ad quem al considerar que los auxilios de salud, alimentación y/o educación no debían ser tomados en cuenta como factor salarial para la liquidación por **haberse pactado su desalarización con el demandante, toda vez que dichos pagos eran constantes y tenían como causa la retribución de los servicios prestados.**”*

En ese orden de ideas, si bien existe un pacto de exclusión salarial, conforme se observó anteriormente, y lo aducen las demandadas, en este caso en particular no resulta válida, pues la facultad conferida a la partes en el artículo 128 del CST no permite despojar de incidencia salarial a un pago claramente retributivo del servicio personal prestado, pues como lo ha sostenido esta corporación, «[...] *la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo*» así se le dé una denominación que en apariencia podría no ser salario (CSJ SL, 13 junio de 2012, radicación 39475, reiterada en sentencia SL205 de 2023).

Así, frente la falta de material probatorio que desvirtúe el carácter retributivo de los valores recibidos por concepto de auxilio de alimentación, por el periodo comprendido de julio de 2013 a octubre de 2015, esto es, por la totalidad de la vigencia de la segunda relación laboral, ante lo reiterativo de dicho pago, sin estar acreditado haber estado destinado a situaciones totalmente ajenas a la retribución de los servicios prestados por el demandante, no queda otra alternativa que DECLARAR que el concepto AUXILIO DE ALIMENTACIÓN devengado por el demandante tiene el carácter de factor salarial, conforme lo indicó el Juzgador de primer grado.

En este punto de la decisión es importante señalar que si bien traen a colación dos procesos con radicación 04-2018-199 y 31-2018-133, mediante los cuales existía identidad de partes y pretendían lo mismo que el presente proceso, y mediante los cuales negaron la connotación salarial del auxilio de alimentación por tener cláusula expresa de exclusión salarial, lo cierto es que las providencias anteriormente indicadas datan del año 2020, teniendo ésta Sala una posición diferente e independiente que se plasmó en dichas decisiones, por lo que se despacha desfavorablemente dichas súplicas.

## **2. PLAN DE INCENTIVOS:**

Por otro lado, solicitan los apoderado de las demandadas y *listiconsortes* necesarios que, el plan de beneficios reconocido por la Juzgadora de primer grado no debe ser declarado con connotación salarial, en tanto que, no retribuía la prestación personal del servicio del actor.

No obstante lo anterior, al revisar nuevamente los comprobantes de nómina visible a folios 818 a 863, se observa que al actor se le pagó de manera periódica y mensual de mayo a octubre de 2015 por concepto de bonificación con ocasión a la implementación del plan de beneficios al interior de la compañía, conforme documental visible a folio 341 a 342, 392 a 397 y 432 del expediente.

Así las cosas, se observa que recibió para el mes de mayo la suma de \$1.514.254, junio \$1.514.254, julio \$1.000.000, agosto \$2.766.565 y octubre \$1.031.528, frente a los cuales es evidente su connotación salarial, máxime si se tiene en cuenta que, las mismas no fueron objeto expreso de exclusión salarial con lo cual, debieron ser tenidas en cuenta como base salarial para las liquidaciones correspondientes.

Conforme lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la decisión de la primera instancia, en el sentido de DECLARAR que el concepto PLAN DE INCENTIVOS devengado por

el demandante tiene el carácter de factor salarial, conforme lo indicó la Juzgadora de primera instancia.

Así las cosas, como quiera que la liquidación de prestaciones sociales se efectuó sobre la suma pactada esto es \$9.900.000 valores respecto de los cuales no existe controversia, se procederá con la liquidación sobre los valores restantes percibidos por concepto de prima de alimentación e incentivo antes aludidos, los cuales fueron dotados de factor salarial.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tendrá los siguientes salarios:

Para los años 2013 y 2014 la suma \$6.600.000, como quiera que fue la única suma reconocida como factor salarial. Para el año 2015 se incluirá además de la suma de \$6.600.000, el promedio del plan de incentivo reconocido par aun total de \$6.948.661. Se aclara que se efectuará la liquidación con éstas sumas, como quiera que con el salario básico fue lo reconocido por parte de la demandada a la finalización del vínculo laboral.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Ahora bien, previo a liquidar las prestaciones sociales, debe estudiarse la excepción de prescripción, alegada por la parte demandada.

Sobre el particular los arts. 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleado, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

Se advierte entonces que el contrato de trabajo se dio por terminado el **11 de octubre de 2015**, data a partir de la cual se harían exigibles los derechos reclamados por el trabajador, no obstante la presente acción se interpuso la presente demanda el día **26 de mayo de 2016**, tal y como consta del acta de reparto visible a folio 526 del expediente digital, operando de manera parcial el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos, sin que por tanto se encuentra afectado por el término de prescripción.

#### **LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES:**

## 1. AUXILIO DE CESANTÍAS:

El artículo 249 del código sustantivo del trabajo, indica:

*“Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.”*

Al no acreditar que hubo un pago incluyendo el auxilio de alimentación, localización y plan de incentivo, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de Auxilio de cesantías la suma de \$15.250.482,61, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación. Se modifica.

## 2. INTERESES A LAS CESANTÍAS:

Conforme el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 del año 1990, los intereses de las cesantías por el tiempo que se liquiden a razón de un interés legal del 12% anual.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, se **CONDENARÁ** a la demanda por concepto de diferencias en intereses a las cesantías la suma de \$1.489.328,54, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación. Se modifica.

## 3. PRIMAS DE SERVICIOS:

Conforme lo dispone el Artículo 306 del CST, la prima de servicio es una obligación de pagarle un mes de salario a sus empleados en dos oportunidades por cada quincena, prestación que se debe pagar a quienes trabajen todo el semestre o proporcionalmente.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de prima de servicios la suma de \$15.250.482,61, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación. Se modifica.

## 4. VACACIONES:

De acuerdo al artículo 186 del código sustantivo del trabajo, para quienes laboran todo un año completo o proporcional, se les reconocerá 15 días hábiles consecutivos, conforme a la remuneración establecida en el artículo 192, además el artículo 189 del código sustantivo del trabajo señala que la compensación en

dinero se toma como base para su compensación el último salario devengado por el trabajador.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de vacaciones la suma de \$7.625.241,31, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación, localización e incentivos. Se modifica.

#### **5. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:**

Finalmente, se procede a re-liquidar la indemnización por despido sin justa causa, incluyendo para el caso, el auxilio de alimentación, ordenando el pago de la suma de \$9.042.910,22, por ser apelantes las demandadas y no hacer mas gravosa su situación, se confirma la ordenada por el Juzgado de primera instancia.

#### **6. INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990 E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST:**

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

Por su parte, el artículo 65 del CST dispone que *sí a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, 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.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria*

*no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)».*

Al respecto, nuestro máximo órgano de cierre en reciente jurisprudencia SL 394 de 2023, que a su vez trajo a colación la sentencia SL 1639 de 2020 adoctrinó:

**“v) Indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, y 65 del CST.**

*Respecto de estas indemnizaciones, la Sala de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).”*

Así mismo, en sentencia SL 206 de 2023:

*“Sabido es que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de manera automática, sino que, en cada caso, es menester auscultar los medios de convicción, con el fin de verificar si el empleador actuó asistido de buena fe. Solo en caso contrario, es procedente fulminar condena por este rubro.*

*Un estudio cuidadoso de las situaciones acreditadas en el proceso, lleva a la Sala a concluir que no existieron justificaciones válidas para que la empresa encausada se abstuviera de pagar la liquidación final de salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral. Por el contrario, lo que se advierte es que, a pesar de que la actora presentó renuncia el 3 de agosto de 2017, sin razón comprensible, Delcop Colombia S.A.S. decidió sufragar lo adeudado pasados 42 días desde de la finalización del vínculo contractual, a pesar de que claramente la norma impone su solución «a la terminación del contrato»; es decir, de forma inmediata.”*

Así las cosas, si bien se observa una actitud renuente de la parte demandada en reconocer como factor salarial el auxilio de alimentación y localización, así como el plan de incentivos, lo cierto es que de conformidad con el contrato de trabajo suscrito entre las partes, la empresa actuó bajo la convicción que dichos conceptos otorgados al demandante había sido pactado con exclusión salarial, resaltando en todo caso, que tal situación tan solo se vino a desvirtuar en el trámite del presente proceso.

En suma, no se acredita que la demandada haya actuado de mala fe, razón por la cual se **REVOCARÁ** los numerales cuarto y sexto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATIO al pago de la INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990 e INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST.

## **APORTES SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN:**

Ahora, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispone: *“d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.”*

En reiterada Jurisprudencia, el órgano de cierre de esta Corporación, ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al Sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en la reciente sentencia SL463 de 2021, la corte aclaró que la actividad efectiva, desarrollada a favor de un empleador, es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se declaró que el auxilio de alimentación, localización y plan de incentivos que recibía el actor tiene el carácter salarial, de conformidad con la sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, la cual recoge el precedente lo indicado por la máxima Corporación tendientes que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos períodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad. Por tanto, aquel debe cubrir el **100%** de los aportes correspondientes a los tiempos laborados a través de la cancelación del título pensional, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandante.

Así las cosas, se ordenará el pago de los aportes aludidos, recordando además que dichos aportes son una obligación de tracto sucesivo con miras a construir y alcanzar los requisitos para obtener una prestación del sistema General de Pensiones.

En consecuencia se **CONFIRMARÁ** el numeral séptimo de la sentencia proferida en primera instancia.

## **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:**

Solicita los apelantes se revoque la condena impuesta por concepto de responsabilidad solidaria, como quiera que GECELCA y CHINA UNITED no celebraron contrato, en tanto que con quien celebró el contrato fue con GECELCA 3 para llevar a cabo una obra, lo cual fue a través de mandato, por lo que tampoco hay lugar a esa solidaridad, además por cuanto el giro ordinario de los negocios

no son conexos, ni complementarios, y por lo tanto, no habría lugar a esa declaratoria de solidaridad.

Aunado a lo anterior, manifestaron que, al no existir relación civil o comercial entre la demandada y CHINA UNITED, conforme el artículo 34 del CST no cumple los requisitos allí dispuestos, esto es, no es beneficiaria de la obra, precisando que la apelante nunca celebró ningún contrato con CHINA UNITED, dado que al revisar los contratos RP 3 y RP 4, se evidencia que tales contratos se celebraron con GECELCA 3, la cual es una empresa completamente independiente de GECELCA, aunado al hecho que tienen un objeto social diferente y las actividades realizadas por cada uno era completamente diferente, y en este caso lo que se suscribió fue un contrato de mandato entre GECELCA y GECELCA 3, para llevar a cabo la obra contenida en los contratos RP 3 y RP 4, en ese sentido no habría lugar a que se declarara solidaridad alguna dado que, Gecelca únicamente estaba en cumplimiento de su contrato de mandato celebrado con Gecelca 3, por este motivo, no habría lugar a qué proceda condena solidaria.

Así pues, el artículo 34 del CST, señala:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

***2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”***

Sobre el alcance del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otras, en sentencia SL498 de 2023, reiterada de la SL5017-2021, la Corte enseñó que:

*[...] la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que de acuerdo con su redacción, la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra es la regla general, y sólo “a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”, desaparece la obligación de salir a responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega. Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en*

*cualquier caso, el espíritu de la norma es proveer por una mayor protección a los derechos que se generan de la relación de trabajo.*

Igualmente, se ha explicado que la norma en mención prevé una especie de extensión o garantía para el pago de las obligaciones laborales a cargo del contratista independiente, oponible al beneficiario del servicio. Se ha adocinado que:

*[...] a través del artículo 34 del CST el legislador simplemente previó un mecanismo para proteger los derechos laborales de los trabajadores y con este objetivo extendió al obligado solidario las deudas que por estos conceptos se generen a cargo del empleador (contratista). No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales (...). (CSJ SL3774-2021).*

Conforme lo expuesto, queda claro que, los elementos de esta responsabilidad emergen de normas bajo análisis y será obligado solidario el beneficiario de la obra del servicio contratado, a menos que demuestre que las labores ejecutadas por el contratista son extrañas a sus actividades empresariales normales (SL3718 de 2020).

Así mismo, que la solidaridad que emana de la Ley, viene de ser parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador (SL720 de 2013 y recientemente SL498 de 2023).

Ahora, solicitan los apelantes que se revoque la responsabilidad solidaria declarada en primera instancia, como quiera que GECELCA y CHINA UNITED no celebraron contrato, en tanto que con quien celebró el contrato fue con GECELCA 3 para llevar a cabo una obra.

No obstante, contrario a las manifestaciones anteriormente realizadas, se observa a folio 32 y siguientes contrato RP3 que se celebró entre GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE – GECELCA SA ESP y el consorcio CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION del 22 de diciembre de 2010.

Así mismo, que la demandada GECELCA, actuaba como mandataria, de GELCECA 3 SAS ESP, con el fin de llevar de la mano todas las actividades relacionadas con la construcción, instalación y puesta en operación comercial de una planta térmica a carbón de 164MW netos en sitio en una sola unidad en

jurisdicción del municipio del Puerto Libertad, Departamento de Córdoba – Colombia, sin que deba entenderse que la beneficiaria de la obra deba tratarse de GELCECA 3, como lo pretende las demandadas, pues de conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, fue con GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE – GECELCA SA ESP quien suscribió el contrato RP3 el consorcio CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, y verdadera beneficiaria de la obra.

Por otro lado, a folio 46 reposa contrato RP4, suscrito el 24 de octubre de 2013 por una parte GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE – GECELCA SA ESP, representada mediante contrato de mandato por GELCECA 3 y de otro lado el consorcio CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, con el fin de realizar las actividades necesarias para la construcción, instalación y puesta en operación comercial de una planta de generación GECELCA 3, conformada por dos unidades así: una de 164MW netos en sitio (Correspondiente al proyecto GECEKCA 3) y otra de mínimo 250 MW netos en sitio (Correspondiente al Proyecto GECELCA 3,2) ambas localizadas en el Municipio de Puerto Libertador, Departamento de Córdoba Colombia.

Así pues, al revisar el certificado de existencia y representación de la demandada CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, se encuentra que su objeto social se basa en el diseño, adquisición, importación, suministro e instalación de materiales y equipos para la construcción, instalación, comisionamiento y demás actividades relacionadas con la construcción, instalación y puesta en operación comercial de plantas térmicas de generación de energía en Colombia, y en especial los proyectos de generación dentro de la zona franca permanente especial GECELCA 3.

Por su parte, el certificado de existencia y representación de GECELCA SA ES visible a folio 15 del plenario, tiene por objeto social la prestación de servicios públicos de generación y comercialización de energía y combustible, así como la exploración, explotación, beneficio, transformación, comercialización, transporte, así como subastar, adquirir licencias o títulos de cualquier clase de minerales energéticos renovables o no renovables.

Conforme lo anterior, de la revisión del objeto social consignado dentro del certificado de existencia y representación legal o de la inscripción de la GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA obrante en el folio 550 del plenario, en la que se advierte que la sociedad tendrá como objeto la prestación de servicios públicos de generación y comercialización de energía y combustible, así como la prestación de servicios conexos complementarios y relacionados con las mismas actividades de servicios públicos

de acuerdo con el marco legal y regulatorio, la empresa en desarrollo de su objeto social podrá celebrar y ejecutar cualquier actos y contratos entre otros, contratos de concesión minera, participar en los mercados de energéticos, prestar servicios de asesoría, consultoría, intervención, intermediación, importar y exportar, comercializar y vender toda clase de bienes y servicios, recaudo, facturación, toma de lecturas a través de la tele medición, reparto de facturas y construir infraestructuras, quiere decir que, la sociedad GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA - GECELCA a través de las licitaciones antes aludidas contrató un servicio directamente relacionado con su objeto social y su área misional correspondiente a la construcción de infraestructura y en todo caso unidades energéticas, actividades conexas y del giro ordinario con las desarrolladas por la sociedad CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION.

Así las cosas, al acreditarse la conexidad de los objetos sociales y de las actividades desarrolladas por las llamadas a juicio, ha de concluirse que, en los términos del artículo 34 del CST, GECELCA, es solidariamente responsable de las condenas impuestas a CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, en tanto que quedó acreditada que GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA - GECELCA era la verdadera beneficiaria de la obra y no GECELCA 3 como lo pretenden hacer ver los apelantes, en tales condiciones probada la solidaridad surge claro que GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA - GECELCA deberá concurrir al pago de manera solidaria sobre la totalidad de las condenas aquí impuestas, **CONFIRMANDO** de ésta manera el numeral octavo de la sentencia de primera instancia.

#### **AFECTACIÓN POLIZA No. 2202313000701:**

El apoderado de MPAFRE señala que no es posible afectar la Póliza No. 2202313000701, como quiera que dicha póliza ampara el contrato RP3 (2010) y no el RP4 (2013), el cual el demandante trabajó en su ejecución.

Pues bien, a folio 1253 obra copia de la póliza número 2202313000701 por valor de \$4.725.014, suscrita entre CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, como tomador, y GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA – GECELCA, como beneficiaria, con vigencia desde el 2 de octubre de 2011 y hasta el 10 de julio de 2019, fecha para la cual, el demandante estuvo vinculado con CUC, el cual tiene como objeto:

***“De acuerdo con el otro sí No. 1, al contrato No RP3, se prorroga la vigencia de los amparos como aparece en el presente certificado.***

**Todos los demás términos y/o condiciones no modificados continúan vigentes.**

*Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones del garantizado, originados en virtud del contrato R el pago de (...) realización por parte del contratista EPC y a favor de GECELCA de la ingeniería, adquisición, construcción, instalación y puesta en operación comercial bajo la modalidad llave en mano, de una central térmica con capacidad de generación de ciento sesenta y cuatro mil (164000) KW netos en sitio, a una frecuencia de (...) y una tensión de 110 KV, en una sola unidad a carbón con caldera de lecho fluidizado, en jurisdicción del municipio de puerto libertador departamento de Córdoba – Colombia.”*

Señala como coberturas: manejo e inversión de anticipo, cumplimiento, **pago de salarios y prestaciones**, estabilidad de la obra y correcto funcionamiento.

Aclarado lo anterior, teniendo en cuenta que el demandante laboró para CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION desde el 5 de julio de 2013 al 11 de octubre de 2015, en vigencia del contrato RP4 (24 de octubre de 2013), y que la presente póliza se trató de una prórroga de la póliza suscrita para el contrato RP3, además de encontrarse la responsabilidad solidaria de GECELCA (como beneficiaria de la póliza), es procedente ordenar la afectación de la póliza No. 2202313000701, para cubrir de manera exclusiva la condena impuesta por concepto de prestaciones sociales, conforme lo indicó el Juzgador de instancia, lo que quiere decir que no cubrirá indemnizaciones ni vacaciones condenadas en esta instancia. Se **Confirma**.

#### **AFECTACION PÓLIZA No. 1000001:**

El apoderado de SBS presentó recurso de apelación respecto de la afectación de la póliza No. 100001, como quiera que no se acreditó dentro del presente asunto la responsabilidad solidaria, por otro lado, el objeto de la póliza afectada solo cubre el contrato RP4, consistente en la ejecución de ingeniería, construcción, instalación y puesta en operación comercial la unidad de generación de carbón de 273MW en sitio denominado GECELCA 3.2 en los predios de la Central de Gecela. No obstante, en el proceso no quedó demostrado con plena claridad si el demandante prestó o no sus servicios para el contrato de RP 4, las fechas en que lo hizo y las actividades que realizó, no se determinó en virtud de cual contrato surgieron las obligaciones a cargo del demandante, si bien se mencionó los contratos RP3 y RP4, lo cierto es que no se hizo el debido análisis de lo mismo, de los contratos frente a los contratos de seguro, en virtud de lo cual, fueron **vinculadas las llamadas en garantía** al proceso. Por otra parte, señala que la póliza se circunscribe a los términos de su clausulado, de su suma asegurada y de todos los términos que allí se hubieran pactado y en los mismos está la suma asegurada, la vigencia correspondiente y adicionalmente aclarar, que la misma

cubre *únicamente* el pago de salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, sin que haya lugar a que con la misma se pueda pretender el cobro o pago de intereses de mora o adicional, o rubros adicionales que se hayan reconocido en esta sentencia que no sean salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones.

Así las cosas, a folio 1375 reposa póliza número 1000001 con vigencia del 5 de noviembre de 2013 hasta el 2 de agosto de 2019, tomada por CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, y como asegurado y beneficiario GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA ESP, para un total asegurado de 5.000.000 USD, donde se consignó, contrario a lo manifestado por el apoderado de SBS, el amparo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que hace referencia el artículo 34 del CST.

En ese orden, cubre los perjuicios originados en el incumplimiento de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, razón por la cual, se confirmará su afectación respecto de la reliquidación de la indemnización ordenada en el presente asunto, al tener una vigencia del 5 de noviembre de 2013 hasta el 2 de agosto de 2019, y al encontrarse además la responsabilidad solidaria de GECELCA (como beneficiaria de la póliza). Se **confirma**.

#### **COASEGURAMIENTO 10%:**

El apoderado de SBS señala que la póliza afectada de SBS tiene un coaseguro del 10% con MAPFRE, lo que quiere decir que en el evento en que se confirme la responsabilidad de SBS, la condena no puede corresponder al 100% del valor de la suma asegurada o del valor de la condena eventualmente impuesta, sino que la misma únicamente se comprometió a amparar el 90%.

Así las cosas, al revisar la póliza de seguros de cumplimiento para entidades particulares, visible a folio 1375 del expediente, número 1000001 con vigencia del 5 de noviembre de 2013 hasta el 2 de agosto de 2019, tomada por CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION, y como asegurado y beneficiario GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE SA ESP, se observa que se contrató un COASEGURO CEDIDO por el 10% a nombre de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA.

Teniendo en cuenta lo anterior, se **MODIFICARÁ** el NUMERAL ONCE de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de afectar el 90% de la póliza No. 1000001 de SBS respecto del pago de la indemnización condenada en ésta instancia.

En lo que respecta al excedente de la condena impuesta a cargo de SBS, conforme lo indicó el juzgador de primera instancia, ha de señalarse que, conforme la póliza No. 1000001, si bien la misma no está sujeta a cancelar el excedente de las condenas impuestas en el presente asunto, lo cierto es que conforme el orden lógico que tiene el pago de las condenas, es procedente afectar la totalidad de la póliza No. 2202313000701 de MAPFRE, y en caso de existir un saldo en el pago de las condenas, se procederá a afectar la póliza No. 1000001 de SBS, máxime si se tiene en cuenta que ésta última se encuentra el 10% coasegurado cedido a MAPFRE, por lo que igualmente se confirma ésta orden.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la no afectación de la póliza respecto de la indemnización moratoria, ha de precisarse que la misma fue revocada en ésta instancia, razón por la cual, se releva del estudio de la misma.

#### **COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

El apoderado de la parte demandada (CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION y GECELCA) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales cuarto y sexto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a CHINA

UNITED ENGINEERING CORPORATIOS al pago de la INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990 e INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST

**SEGUNDO: MODIFICAR** el NUMERAL ONCE de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de afectar el 90% de la póliza No. 1000001 de SBS respecto del pago de la indemnización condenada en ésta instancia.

**TERCERO: MODIFICAR** el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia por concepto de diferencias adeudadas así:

- a. La suma de \$15.250.482,61 por concepto de auxilio de cesantías.
- b. La suma de \$1.489.328,54 por concepto de intereses a las cesantías.
- c. La suma de \$15.250.482,61 por concepto de prima de servicios.
- d. La suma de \$7.625.241,31 por concepto de vacaciones.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**QUINTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



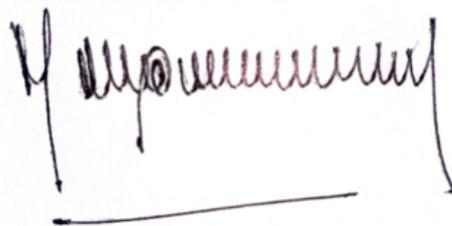
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

salvo voto



**MILLER ESQUIVEL GAITÀN**



**Rama Judicial del Poder Público**  
**Consejo Superior de la Judicatura**  
**Sala Laboral**  
**Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial**  
**Bogotá – Cundinamarca**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA**

**RADICACION: 110013105022201627501**

**DEMANDANTE: CARLOS TINCOABELLO**

**DEMANDADO: CHINA UNITED ENGINEERING CORPORATION**

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

**OBJETO DE LIQUIDACIÓN:** Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto según instrucciones del despacho.

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	5-jul	2013
	Hasta:	11-oct	2015
Último Salario Devengado		\$	6.948.661,00

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux.
2013	\$ 6.600.000,00	\$ -
2014	\$ 6.600.000,00	\$ -
2015	\$ 6.948.661,00	\$ -

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013					
Periodo de liquidación		Desde	5/07/2013	Hasta	31/12/2013
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	6.600.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	220.000,00
		<b>Días trabajados:</b>			176
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados				\$ 3.226.666,67
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%				\$ 189.297,78
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre				\$ 3.226.666,67
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados				\$ 1.613.333,33
	720				

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2014	Hasta	31/12/2014
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	6.600.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	220.000,00
		<b>Días trabajados:</b>			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados				\$ 6.600.000,00
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%				\$ 792.000,00
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre				\$ 6.600.000,00
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados				\$ 3.300.000,00
	720				

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2015	Hasta	11/10/2015
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	6.948.661,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	231.622,03
		<b>Días trabajados:</b>			281
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados				\$ 5.423.815,95
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%				\$ 508.030,76
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre				\$ 5.423.815,95
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados				\$ 2.711.907,97
	720				

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre	Prima de servicios	Vacaciones
2.013	\$ 3.226.666,67	\$ 189.297,78	\$ 3.226.666,67	\$ 1.613.333,33
2.014	\$ 6.600.000,00	\$ 792.000,00	\$ 6.600.000,00	\$ 3.300.000,00
2.015	\$ 5.423.815,95	\$ 508.030,76	\$ 5.423.815,95	\$ 2.711.907,97
<b>Totales</b>	<b>\$ 15.250.483</b>	<b>\$ 1.489.329</b>	<b>\$ 15.250.483</b>	<b>\$ 7.625.241</b>



Rama Judicial del Poder Público  
Consejo Superior de la Judicatura  
Sala Laboral  
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial  
Bogotá – Cundinamarca

<b>Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.</b>					
<b>Periodo</b>		<b>No. Años Laborados</b>	<b>No. Días Sanción</b>	<b>Salario Diario</b>	<b>Sanción</b>
<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>				
5/07/2013	4/07/2014	1,00	20	\$ 231.622,03	\$ 4.632.440,67
5/07/2014	11/10/2015	1,27	15		\$ 4.410.469,55
<b>Total indemnización</b>					<b>\$ 9.042.910,22</b>

<b>Tabla Liquidación Crédito</b>	
Auxilio Cesantías	\$ 15.250.482,61
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 1.489.328,54
Prima de Servicios	\$ 15.250.482,61
Vacaciones	\$ 7.625.241,31
Indemnización por despido sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.	\$ 9.042.910,22
<b>Total Liquidación</b>	<b>\$ 48.658.445,29</b>

<b>Fuente</b>	
<b>Observaciones</b>	1. 2. La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho

Fecha liquidación: \_\_\_\_\_ viernes, 14 de abril de 2023 \_\_\_\_\_



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 23-2015-00961-01**

Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **FAMISANAR EPS**  
DEMANDADO: **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA**  
ASUNTO: **RECURSO APELACIÓN DEMANDANTE Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

De conformidad con el poder de sustitución conferido por la Doctora DIANA PATRICIA SANTOS RUIZ, en calidad de apoderada principal de la parte demandante, se **reconoce personería** para actuar en el proceso de la referencia a la Doctora MONICA PAOLA QUINTERO JIMÉNEZ, identificada con CC No. 40.039.240 de Tunja, y T.P. 97.956 del C. S. de la J., como apoderada sustituta de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido visible a folio 549 del expediente.

Los apoderados de la parte actora, asó como de la demandada COLMENA SEGUROS SA, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**FAMISANAR EPS** instauró demanda ordinaria laboral contra **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 2 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA** debe reconocer y pagar a la **EPS FAMISANAR**, todos los gastos generados por concepto de prestaciones asistenciales y económicas que fueron prestadas y pagadas a los trabajadores afiliados a esa administradora de riesgos laborales.
2. En consecuencia, condenar a **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA** a pagar a la **EPS FAMISANAR** a suma de \$23.076.661,92.
3. Que se condene a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA** al pago de intereses moratorios liquidados a la tasa moratoria máxima legal vigente que rige para todas las obligaciones financieras aplicables a la seguridad social, contados un mes a la fecha de radicación de la factura a la **ARL** y hasta el efectivo pago de la condena.
4. Que la condena sea actualizada, aplicando los ajustes de valor del **IPC** (indexación) contando un mes mas a la fecha de radicación de la factura en la **ARL** y hasta el pago efectivo de la condena.
5. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA** contestó la demanda (fls. 33 a 82), de acuerdo al auto del 24 de junio de 2016 visible a folio 86 del expediente. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de enero de 2021, **CONDENÓ** a la demandada **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA** a pagar a la demandante **EPS FAMISANAR LTDA** la suma de \$13.439.673 por 130 recobros, derivados de enfermedades o accidentes de origen laboral, y conforme a lo indicado en la parte resolutive de esta sentencia, teniendo en cuenta los pagos en relación con algunas facturas.

**CONDENÓ** a la demandada **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA** a pagar a la demandante **EPS FAMISANAR LTDA** intereses moratorios causados sobre los 130 recobros referidos en el numeral anterior, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de

Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2000, y que se generan con posterioridad a los 30 días siguientes a la presentación de cada factura por parte de la EPS ante la ARL, de acuerdo al artículo 24 de la Ley 1562 de 2012.

**ABSOLVIÓ** a la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante EPS FAMISANAR LTDA.

**DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA, en relación con las facturas identificadas bajo los numerales 153957, 152577, ARL-7787, 142449, 145056 y 151861.

**DECLARÓ NO PROBADAS** las demás excepciones, propuestas por la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA.

**CONDENÓ** a la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA a pagar COSTAS a la parte demandante FAMISANAR EPS.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. FACTURA 153957:** Señala que si bien el Juzgado negó la Factura 153957, por cuanto no existe una prueba contundente que determine el origen laboral del evento, lo cierto es que la testigo que fue solicitada por la parte actora aportó unos documentos donde se acredita que efectivamente hacía una objeción a la ARL COLMENA respecto de la cobertura del siniestro, sin haber formulado y emitido un dictamen pericial, en dicha objeción, la ARL reconoce que el empleador le informó y diligenció el formato de accidentes de trabajo, en donde es el mismo empleador que da fe acerca de la existencia del accidente de trabajo. Lo anterior teniendo en cuenta que cuando ocurre un accidente de trabajo, y le es reportado a la ARL, y la misma pretende no cubrirlo, lo que procede es realizar un dictamen pericial, que determine el origen de la contingencia.

En ese sentido, premiar a la ARL por haber incumplido su obligación legal de emitir dictamen pericial donde se determine el origen y en donde se otorguen los términos establecidos en la Ley para que los interesados puedan impugnarlo, incumpliendo su deber legal, y negarse a pagar, porque considera que no es accidente de trabajo, en tanto que aduce que el hecho

no ocurrió en el horario laboral, vulneraría el debido proceso de los afiliados y de las partes interesadas al no emitir un dictamen pericial por negarse a las restaciones económicas, no solo a las asistenciales, sino las económicas.

- 2. INTERESES:** Señala que de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, que dispone que todo pago deber ser imputado primeramente a intereses y despues si a capital, por lo que así debe ser ordenado.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. PAGO DE LA OBLIGACIÓN:** Señala que, las facturas pagadas por COLMENA SA se encuentran debidamente soportadas, aunado al hecho que FAMISANAR EPS conoce perfectamente esos pagos. Lo anterior teniendo en cuenta que el peritaje que realizó la demandada, determinó en su dictamen las 53 facturas que debía a la EPS demandante, dictamen respecto del cual no le dio valoración debida el Juez de primer grado, precisando que debió declararse que se pagaron 54 facturas, pagos que FAMISANAR tenía claro respecto de dichos pagos.
- 2. 37 FACTURAS ADEUDADAS:** Indica que no se realizó de manera adecuada el análisis de cada una de ellas, tanto el dictamen pericial elaborado por COLMENSA SEGUROS, como los documentos que se entregan a la contestación y los testimonios del personal de COLMENA que recibieron en la etapa de pruebas, de haber valorado ese caudal probatorio, hubiera arribado a la conclusión que esas 37 facturas la accionada no las adeuda, por el contrario, están a cargo de la EPS FAMISANAR.
- 3. FACTURA 149867 POR LA SUMA DE \$3.783.000:** Conforme la documental obrante en el plenario, no se tiene claro que la incapacidad que se recobra sea derivada exactamente de la patología que el trabajador tuvo calificación como origen laboral, al no tener certeza de la relación entre la enfermedad de origen laboral y el diagnóstico que generó la incapacidad, por lo que no podría obligársele a la ARL asumir el pago de una obligación que no cumple con los requisitos de Ley. Lo anterior, por cuanto debe existir una calificación, y el cumplimiento de todos los requisitos de Ley, con apego al manual de calificación para que esos honorarios se entiendan causados, si no hay una calificación no puede trasladarse ese recobro, porque simplemente es una carta con la afirmación del personal administrativo que indica que la enfermedad es de origen laboral, y con sola esa carta no puede asumir la

demandada un pago de unos valores que no le corresponde porque no existe calificación.

- 4. INTERESES MORATORIOS:** Señala que la condena impuesta por concepto de intereses moratorios no es procedente, no está acorde con la Ley, toda vez que, el presente proceso, es un proceso ordinario, de modo que, solo fue a través de éste litigio que FAMISANAR EPS logró demostrar la existencia de una obligación, es decir, logró acreditar que a cargo de la demandada existía una obligación, de modo que no puede pensarse que se causaron intereses moratorios, desde el momento en que se radicó la factura. Lo anterior en primer lugar, por cuanto no hay prueba en el expediente que indique que con la radicación de la factura se habría acreditado todos los requisitos de la existencia de la obligación. En segundo lugar, por cuanto la parte demandante presentó un proceso ordinario, no ejecutivo con el que se pretende el pago de intereses moratorios, por lo que no se tenía certeza de la obligación que estaba a cargo de la demandada, y en caso en que se confirme la condena de intereses, solicita se liquiden a partir de la ejecutoria de la sentencia , y no desde la radicación de la factura, máxime si se tiene en cuenta que la demandante tuvo que aportar senda documental que acreditara a obligación.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado la entidad demandante SALUD TOTAL EPS – S, tiene derecho al reconocimiento de los pagos de recobros de servicios de salud efectuados, respecto de las Facturas No. 153957 y No. 149867. **2.** Por otro lado, sí hay lugar a declarar el pago de las demás facturas condenadas por el Juzgado de primera instancia; **3.** Si hay lugar o no al pago de los Intereses moratorios.

### **DE LA PROCEDENCIA DEL RECOBRO DE SERVICIOS DE SALUD:**

Así, la Sala entra a estudiar y analizar la normatividad que circunscribe las situaciones fácticas discutidas en el presente litigio, señalándose en primera medida

que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se creó el “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.<sup>1</sup>

De igual forma, el mismo compendio normativo, indica en su Art. 254, frente al Sistema General de Riesgos Profesionales y específicamente respecto de las prestaciones médico - asistenciales, que “*Los servicios de salud derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán prestados por las Entidades Promotoras de Salud de que trata la presente Ley, quienes repetirán contra las entidades encargadas de administrar los recursos del seguro de accidente de trabajo y enfermedad profesional a que esté afiliado el respectivo trabajador.*”

Por este mismo lineamiento, el artículo 1 del Decreto 1295 de 1994, define el Sistema General de Riesgos Profesionales como “*el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan*”, precisando, además que el Sistema General de Riesgos Profesionales establecido en este decreto forma parte del Sistema de Seguridad Social Integral, establecido por la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, dicho Decreto, frente a las Prestaciones Asistenciales, las Prestaciones de los Servicios a la Salud y las Prestaciones Económicas, preceptúa:

**“ARTICULO 5o. PRESTACIONES ASISTENCIALES.** *Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional<1> tendrá derecho, según sea el caso, a:*

- a. Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.*
- b. Servicios de hospitalización.*
- c. Servicio odontológico.*
- d. Suministro de medicamentos.*
- e. Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.*
- f. Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda.*
- g. Rehabilitaciones física y profesional.*
- h. Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.*

*Los servicios de salud que demande el afiliado, derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, serán prestados a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo*

---

<sup>1</sup> Consejo Superior de la Judicatura. M.P. DR. JULIA EMMA GARZON DE GOMEZ

*los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional que podrán ser prestados por las entidades administradoras de riesgos profesionales.*

*Los gastos derivados de los servicios de salud prestados y que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, están a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales correspondiente.*

*La atención inicial de urgencia de los afiliados al sistema, derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al sistema general de riesgos profesionales.*

**ARTICULO 6o. PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD.** *Para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán suscribir los convenios correspondientes con las Entidades Promotoras de Salud.*

*El origen determina a cargo de cual sistema general se imputarán los gastos que demande el tratamiento respectivo. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos y términos dentro de los cuales se harán los reembolsos entre las administradoras de riesgos profesionales, las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones prestadoras de servicios de salud.*

*Las entidades administradoras de riesgos profesionales reembolsarán a las Entidades Promotoras de Salud, las prestaciones asistenciales que hayan otorgado a los afiliados al sistema general de riesgos profesionales, a las mismas tarifas convenidas entre la entidad promotora de salud la institución prestadora de servicios de salud, en forma general, con independencia a la naturaleza del riesgo. Sobre dichas tarifas se liquidará una comisión a favor de la entidad promotora que será reglamentada por el Gobierno Nacional, y que en todo caso no excederá al 10% salvo pacto en contrario entre las partes.*

*La institución prestadora de servicios de salud que atienda a un afiliado al sistema general de riesgos profesionales, deberá informar dentro de los 2 días hábiles siguientes a la ocurrencia del accidente de trabajo o al diagnóstico de la enfermedad profesional, a la entidad promotora de salud y a la entidad administradora de riesgos profesionales a las cuales aquel se encuentre afiliado.*

*Hasta tanto no opere el Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante la subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía, las entidades administradoras podrán celebrar contratos con instituciones prestadoras de servicios de salud en forma directa; no obstante se deberá prever la obligación por parte de las entidades administradoras, al momento en que se encuentre funcionando en la respectiva región las Entidades Promotoras de Salud, el contratar a través de éstas cuando estén en capacidad de hacerlo.*

*Para efectos de procedimientos de rehabilitación las administradoras podrán organizar o contratar directamente en todo tiempo la atención del afiliado, con cargo a sus propios recursos.*

*Finalmente, las entidades administradoras podrán solicitar a la Entidad Promotora de Salud la adscripción de Instituciones prestadoras de servicios de salud. En este caso, la entidad administradora de riesgos profesionales asumirá el mayor valor de la tarifa que la institución prestadora de servicios de salud cobre por sus servicios, diferencia sobre la cual no se cobrará la suma prevista en el inciso cuarto de este artículo.*

**PARAGRAFO.** *La prestación de servicio de salud se hará en las condiciones medias de calidad que determine el Gobierno Nacional, y utilizando para este propósito la tecnología disponible en el país.*

**ARTICULO 7o. PRESTACIONES ECONOMICAS.** *Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones económicas:*

- a. Subsidio por incapacidad temporal;*
- b. Indemnización por incapacidad permanente parcial;*

- c. *Pensión de Invalidez;*
- d. *Pensión de sobrevivientes; y,*
- e. *Auxilio funerario.”*

Destacándose, por demás que el art. 34 *ibídem*, frente al *derecho a las prestaciones*, indica que: *“todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas .”*

A su turno, el Art. 1 de la Ley 776 de 2002, por la cual se dictan normas sobre la Organización, Administración y Prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, indica:

**“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** *Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

**PARÁGRAFO 2o.** *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

*Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.*

*Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.*

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*

*Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y*

complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

(...).

(Negrilla y Subrayado del Despacho)

Por su parte, el Artículo 8° del Decreto 1530 de 1996, sobre las prestaciones a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales, establece:

**“Artículo 8°. Prestaciones a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales. Será responsable del pago de las prestaciones de que trata el Decreto 1295 de 1994, la entidad Administradora de Riesgos Profesionales a la cual se encuentre afiliado el trabajador al momento de ocurrir un accidente de trabajo o se diagnostique una enfermedad profesional.**

La entidad Administradora de Riesgos Profesionales que tenga a su cargo las prestaciones de que trata el inciso anterior, continuará con esta obligación aún en aquellos casos en que el empleador decida trasladarse de entidad administradora, se desafilie del Sistema por mora en el pago de las cotizaciones, o se desvincule laboralmente el trabajador.

En caso de que la enfermedad profesional o el accidente de trabajo o sus secuelas, se diagnostiquen con posterioridad a la desvinculación laboral del trabajador, las prestaciones deberán ser pagadas por la última ARP., que cubrió el riesgo ocasionante del daño ocupacional. La ARP., que cubrió el riesgo, podrá acudir al procedimiento señalado en el artículo 5° del Decreto 1771 de 1994.”

En esa línea, el art. 5 y 6 del Decreto 1771 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 1295 de 1994, frente al reembolso entre entidades administradoras de riesgos profesionales y el procedimiento para efectuar el mismo, preceptúa:

**“ARTÍCULO 5°.- Reembolsos entre entidades administradoras de riesgos profesionales.** Las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica.

**La entidad administradora de riesgos profesionales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.**

La entidad administradora de riesgos profesionales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar **dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes.**

El reembolso procede cuando se den las condiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 1295 de 1994, **previa demostración que el efecto se causó durante el tiempo en que estuvo afiliado de dicha entidad administradora.**

**ARTÍCULO 6º.- Procedimiento para efectuar los reembolsos. La base para efectuar el reembolso será el valor pagado en caso de incapacidad temporal o permanente parcial.**

(...)

**PARÁGRAFO.-** De conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo, serán reconocidas por las entidades promotoras de salud, y se financiarán con cargo a los recursos destinados al pago de dichas contingencias por la entidad administradora de riesgos profesionales que tenga bajo su responsabilidad el cubrimiento del riesgo. Para efectos del pago, las entidades administradoras de los dos sistemas generales podrán suscribir convenios entre ellas.”

En el caso bajo examen, se tiene que la EPS FAMISANAR pretende el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas que le fueron prestadas o pagadas a los trabajadores afiliados de la Administradora de Riesgos Laborales COLMENA, con fundamento en el artículo sexto del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, que dispuso:

**“ARTICULO 6o. PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD.** Para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales<sup><1></sup>, las entidades administradoras de riesgos profesionales<sup><1></sup> deberán suscribir los convenios correspondientes con las Entidades Promotoras de Salud.

*El origen determina a cargo de cual sistema general se imputarán los gastos que demande el tratamiento respectivo. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos y términos dentro de los cuales se harán los reembolsos entre las administradoras de riesgos profesionales<sup><1></sup>, las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones prestadoras de servicios de salud.*

*Las entidades administradoras de riesgos profesionales<sup><1></sup> reembolsarán a las Entidades Promotoras de Salud, las prestaciones asistenciales que hayan otorgado a los afiliados al sistema general de riesgos profesionales<sup><1></sup>, a las mismas tarifas convenidas entre la entidad promotora de salud la institución prestadora de servicios de salud, en forma general, con independencia a la naturaleza del riesgo. Sobre dichas tarifas se liquidará una comisión a favor de la entidad promotora que será reglamentada por el Gobierno Nacional, y que en todo caso no excederá al 10% salvo pacto en contrario entre las partes.*

*La institución prestadora de servicios de salud que atienda a un afiliado al sistema general de riesgos profesionales<sup><1></sup>, deberá informar dentro de los 2 días hábiles siguientes a la ocurrencia del accidente de trabajo o al diagnóstico de la enfermedad profesional<sup><1></sup>, a la entidad promotora de salud y a la entidad administradora de riesgos profesionales<sup><1></sup> a las cuales aquel se encuentre afiliado.*

*Hasta tanto no opere el Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante la subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía, las entidades administradoras podrán celebrar contratos con instituciones prestadoras de servicios de salud en forma directa; no obstante se deberá prever la obligación por parte de las entidades administradoras, al momento en que se encuentre funcionando en la respectiva región las Entidades Promotoras de Salud, el contratar a través de éstas cuando estén en capacidad de hacerlo.*

*Para efectos de procedimientos de rehabilitación las administradoras podrán organizar o contratar directamente en todo tiempo la atención del afiliado, con cargo a sus propios recursos.*

*Finalmente, las entidades administradoras podrán solicitar a la Entidad Promotora de Salud la adscripción de Instituciones prestadoras de servicios de salud. En este caso, la entidad administradora de riesgos profesionales<sup><1></sup> asumirá el mayor valor de la tarifa que la institución prestadora de servicios de salud cobre por sus servicios, diferencia sobre la cual no se cobrará la suma prevista en el inciso cuarto de este artículo.*

**PARAGRAFO.** *La prestación de servicio de salud se hará en las condiciones medias de calidad que determine el Gobierno Nacional, y utilizando para este propósito la tecnología disponible en el país.”*

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 1562 de 2012 dispuso:

**ARTÍCULO 24. FLUJO DE RECURSOS ENTRE EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES Y EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** *Para garantizar el adecuado y oportuno flujo de recursos entre los Sistemas de Riesgos Laborales y de Seguridad Social en Salud, se aplicarán las siguientes reglas, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 6o del Decreto-ley 1295 de 1994:*

*1. Las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, pagarán a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, el valor de las prestaciones asistenciales y económicas de eventos calificados en primera oportunidad como de origen laboral incluidas las pagadas dentro de los tres años anteriores a dicha calificación y que hayan sido asumidas por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, el reembolso se efectuará dentro de los 30 días calendario posteriores a la presentación de la solicitud, siempre que la misma cumpla con los requisitos que señale el reglamento que para el efecto se haya expedido o expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio de Trabajo y sin que se haya formulado objeción o glosa seria y fundada en cuanto al origen atinente a la solicitud de reembolso por parte de la Administradora de Riesgos Laborales, ARL. En caso de objeción o glosa, esta se definirá por los mecanismos de solución de controversias previstos en las normas legales vigentes y en todo caso, en el evento en que no exista solución por este medio, se procederá a definir el responsable del pago, una vez exista dictamen en firme de la Junta de Calificación de Invalidez respectiva.*

*2. Cuando las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, no paguen dentro de los plazos establecidos en el numeral anterior a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, estando las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL, obligadas a hacerlo, o si las glosas formuladas resultan infundadas deberán reconocer intereses de mora a favor de las EPS, desde la fecha de presentación de la solicitud de reembolso, liquidados a la tasa moratoria máxima legal vigente que rige para todas las obligaciones financieras aplicables a la seguridad social.*

*La EPS deberá compensar de igual manera al prestador del servicio o al proveedor del bien, cuando su pago se haya visto condicionado, sin perjuicio de los derechos legales del condicionamiento.*

*3. La presentación de la solicitud de reembolso efectuada por la Entidad Promotora de Salud EPS ante la Administradora de Riesgos laborales, ARL, interrumpe la prescripción de la cuenta de cobro, siempre y cuando se reúnan los requisitos que señale el reglamento que se haya expedido o*

*expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo.*

*Los términos de prescripción continuarán rigiéndose por las normas legalmente vigentes.*

*Lo dispuesto en este numeral no revivirá situaciones ya prescritas.*

*El derecho a solicitar reembolsos entre los sistemas de salud y riesgos laborales y viceversa por el costo de las prestaciones en salud derivadas de una enfermedad laboral o de un accidente de trabajo, prescribe en el término de cinco (5) años, a partir de la última de las fechas enunciadas a continuación:*

*a) La fecha de la calificación en primera oportunidad del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la EPS, cuando dicha calificación no sea susceptible de controversia por las administradoras o por el usuario;*

*b) La fecha de calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando dicha calificación no sea susceptible de recurso ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;*

*c) La fecha de Calificación del origen laboral del evento o de la secuela por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez;*

*d) La fecha de presentación de la factura de la IPS a la EPS, cumpliendo con los requisitos exigidos.*

*No obstante lo anterior, será de tres (3) años la prescripción cuando se trate del pago de subsidios por incapacidad temporal, para lo cual el término se contará desde el momento en que esté en firme el dictamen según lo establecido en el parágrafo 3o del artículo 5o de la presente ley.”*

Señala el apoderado de la demandada que las facturas respecto de las cuales se condenó en primera instancia no le asiste derecho a la EPS demandante al pago reclamado, por cuanto las comunicaciones de devolución de facturas dirigidas a la EPS, las comunicaciones de glosas enviadas a la EPS, el estado de las facturas, la fecha de radicación, el valor de la factura, la suma reconocida, el saldo, y la respectiva observación, así como del Dictamen emitido por AGS Colombia debe revocarse la condena impuesta, como quiera que las facturas ya fueron canceladas.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista el Dictamen aportado por la misma demandada COLMENA, mediante el cual se dictaminó que de las 145 facturas que son objeto de cobro a través del presente proceso, el mismo perito afirma que 54 ya fueron canceladas, sin embargo, se afirma allí que 53 deben ser asumidas por COLMENA, recuérdese que ésta información fue extraída del mismo Dictamen aportado por la demandada, resaltando en todo caso que de conformidad en dicho Dictamen Pericial, se descartó 53 facturas que ya habían sido canceladas a la EPS FAMISANAR, de conformidad con el comprobante de pago que se allega en el expediente digital (Archivo MEDIO MAGNETICO 533 – Archivo 21.02.23) razón por la cual, contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandada en su recurso de apelación, efectivamente se descontaron las facturas previamente canceladas a FAMISANAR EPS.

Por otro lado, debe señalarse que, de las 54 facturas restantes que fueron condenadas en primera instancia, no se aportó prueba alguna que acredite su pago, con el fin de revocar dicha condena, por lo tanto se confirmará éste punto de decisión de la decisión de primer grado.

#### **FACTURAS ADEUDADES:**

Solicita el apelante que no se realizó de manera adecuada el análisis de cada una de las facturas adeudadas, tanto del dictamen pericial elaborado por COLMENA SEGUROS, como los documentos que se entregan a la contestación y los testimonios del personal de COLMENA que recibieron en la etapa de pruebas, de haber valorado ese caudal probatorio, señala que se hubiera arribado a la conclusión que 37 facturas no las adeuda la accionada, por el contrario, están a cargo de la EPS FAMISANAR.

Así las cosas, lo primero que debe indicarse en este punto de decisión es que, el apoderado de la demandada no especificó, ni individualizó en su recurso de apelación las 37 facturas a que hace referencia que eventualmente no las adeuda, sin embargo, al revisar los alegatos presentados ante esta instancia si hace relación a unas facturas que aduce ya fueron canceladas.

No obstante lo anterior, se observa documental denominada "Aporta comprobantes de pago", expedida por la entidad financiera CITI, mediante la cual relaciona la transferencia electrónica por parte de la COLMENA RIESGOS PROFESIONALES, con destino a la EPS FAMISANAR, sin embargo, al revisar los pagos realizados, si bien se enuncian 21 transferencias bancarias por diferentes valores, en el interregno de octubre de 2013 a abril de 2015, lo cierto es que no hace referencia a que facturas se imputaron dichos pagos, razón por la cual no puede tenerse en cuenta dicha documental.

Por otro lado, de conformidad con el DICTAMEN PERICIAL AGD2019.329.004DPVF.BASE1 visible a folios 151 a 200 del expediente digital, efectivamente se informan que fueron canceladas previamente por la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA las siguientes facturas:

FACTURA EPS	VALOR	ANOTACION
142351	\$475.167,17	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
142548	\$5.630,45	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
142682	\$3.243,54	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144305	\$69.642	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144359	\$111.627	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144361	\$15.651	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144363	\$6.590,43	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144774	\$14.411	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144779	\$15.806	PREVIAMENTE PAGO COLMENA

144780	\$14.411	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144781	\$15.806	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144812	\$14.411	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144813	\$60.337	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144814	\$18.451	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144823	\$20.897	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
144925	\$12.680	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
145008	\$17.591	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146148	\$17.969	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146302	\$49.550	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146759	\$3.270,46	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146760	\$12.316,78	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146761	\$7.465,92	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146765	\$3.747,70	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146889	\$7.798,59	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
146891	\$2.563,96	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
149375	\$3.300,31	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
149419	\$7.465,92	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
149440	\$2.143,33	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
149546	\$2.240,90	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
150635	\$2.900	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151032	\$2.477,02	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151033	\$2.709,94	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151037	\$6.534	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151038	\$4.019	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151039	\$4.215	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151040	\$3.627	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151041	\$181.614,45	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151042	\$21.131	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151043	\$181.614,45	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151044	\$3.627	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151046	\$4.901	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151048	\$8.429	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151049	\$8.429	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151050	\$8.429	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
151974	\$2.227,46	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
152767	\$3.232,16	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
153716	\$2.227,25	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
153909	\$2.574,69	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
ARL-7788	\$365.853,25	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
ARL-7790	\$3653853,25	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
ARL-7793	\$116.986,55	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
ARL-7979	\$200.890,53	PREVIAMENTE PAGO COLMENA
ARL-8239	\$121.209	PREVIAMENTE PAGO COLMENA

Del dictamen pericial, se puede concluir que efectivamente fueron cancelada de manera previamente por la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA las facturas anteriormente relacionadas, razón por la cual serán excluidas de la condena que eventualmente se realice en el presente asunto.

**FACTURA No. 153957:**

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con relación a la negativa del reconocimiento de la Factura No. 153957, por cuanto no existe una prueba contundente que determine el origen laboral del evento, sin embargo, indica que la testigo que fue solicitada por la parte actora aportó unos documentos donde se acredita que efectivamente hacía una objeción a la ARL COLMENA respecto de la cobertura del siniestro, sin haber formulado y emitido un dictamen pericial, en dicha objeción, la ARL reconoce que el empleador le informó y diligenció el formato de accidentes de trabajo, en donde es el mismo empleador

que da fe acerca de la existencia del accidente de trabajo. Lo anterior teniendo en cuenta que cuando ocurre un accidente de trabajo, y le es reportado a la ARL, y la misma pretende no cubrirlo, lo que procede es realizar un dictamen pericial, que determine el origen de la contingencia. En ese sentido, premiar a la ARL por haber incumplido su obligación legal de emitir dictamen pericial donde se determine el origen y en donde se otorguen los términos establecidos en la Ley para que los interesados puedan impugnarlo, incumpliendo su deber legal, y negarse a pagar, porque considera que no es accidente de trabajo, en tanto que aduce que el hecho no ocurrió en el horario laboral, vulneraría el debido proceso de los afiliados y de las partes interesadas al no emitir un dictamen pericial por negarse a las restaciones económicas, no solo a las asistenciales, sino las económicas.

Así pues, al revisar el Dictamen pericial aportado por la demandante FAMISANAR, se indica que resulta procedente su cobro, como quiera que al revisar la documentación aportada con la historia clínica y las facturas se verifica que, se trata de un accidente o un evento deportivo en representación de la empresa y que la prestación recobrada efectivamente fue requerida por el afiliado en el momento en que se diagnosticó a través de la institución prestadora de servicio de salud.

Ahora, al revisar la Factura No. 153957 se registra la observación *“El origen de la patología no corresponde con la definición de accidente de trabajo”*.

Así mismo, reposa historia clínica del señor HÉCTOR JAIME RODRÍGUEZ POZO, en la que se relaciona que el 14 de septiembre de 2013 fue llevada en ambulancia, por presentar trauma craneoencefálico moderado, con pérdida de conciencia y estado de somnolencia; trauma que fue contundente con la rodilla de un compañero mientras jugaba fútbol, que presentó edema y quimosis periorbitaria izquierda con cefalea de gran intensidad. Se indicaba además que la causa externa es un accidente de trabajo.

Ahora, es de anotar que en audiencia del 13 de septiembre de 2017 (Fl. 132) se practicó el testimonio de la señora Leidy Paola Rojas, quien aportó una documental, respecto de la cual se le corrió traslado a las partes por un término de 3 días, con el fin de que se pronunciaran al respecto. Es así que la apoderada de la parte demandante mediante escrito radicado el 18 de septiembre de 2017, indicó que, si bien la parte actora **no tenía dicha factura en sus archivos**, (fl. 136) lo cierto es que en consideración de la buena fe con la contra parte, no la tacharon; sin embargo indicó que, conforme lo manifiesta la demandada, hay reporte de accidente laboral por parte del empleador y, la comunicación de COLMENA se manifiesta en cuanto a que no está de acuerdo con el origen de accidente.

No obstante lo anterior, a folio 68 del plenario se observa glosa respecto de la Factura No. 153957, en la que se hace la siguiente observación:

*“Se hace glosa u devolución total de la factura en 30 folios, el evento en mención no fue calificado con accidente de trabajo por COLMENA ARL; el colaborador se encontraba participando en un campeonato interno deportivo de manera voluntaria y espontánea, el colaborador en mención no se encontraba en representación de la entidad frente a terceros. Se notificó con carta de objeción de Accidente de Trabajo el 12/11/2013 a la empresa, el trabajador y la EPS, adjuntó copia de carta.”*

Así mismo, a folio 80 se observa la devolución de la Factura No. 153957, informando que el evento en mención no fue calificado con accidente de trabajo por COLMENA ARL.

En virtud de lo anterior, conforme lo indicó el Juzgador de primera instancia, no existe evidencia dentro del plenario que se haya emitido calificación de origen del accidente, ni por la EPS, ni por la ARL, tampoco se advierte la existencia de calificación de origen por parte de una Junta Regional de Calificación de Invalidez, sin que de conformidad con los documentos allegados permitan establecer con claridad que se presentó un accidente de trabajo, como lo pretende el apoderado de la parte actora.

Teniendo en cuenta lo anterior, le asiste razón al perito que realizó el Dictamen Pericial aportado por parte de la demandada, al indicar que, se desconoce quien elaboró el documento que indica la descripción del accidente de la siguiente manera: *“trauma contundente en la cabeza al chocar con un compañero en evento deportivo en representación de la empresa”*, en tanto que el documento no contiene firma, ni logo, ni tiene ningún distintivo que establezca su procedencia, o la autoridad competente, de lo cual no permite establecer su autoría.

En suma, al no contar con elementos de juicio suficientes que determinen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó el hecho acaecido el 14 de septiembre de 2013, y que le mismo determine que fue un accidente de trabajo, aunado al hecho que con la simple manifestación del apoderado de la demandante en indicar que se devolvió la factura, no es posible determinar que se trató de un accidente de trabajo, y en ese sentido al no cumplir con la carga de la prueba la parte actora, no será posible ordenar su pago a la parte demandada, no quedando otro camino que confirmar su absolución.

#### **FACTURA No. 149867**

Por otro lado, presenta inconformidad el apoderado de la demandada la condena impuesta por la Factura No. 149867 por valor de \$3.783.000, conforme la

documental obrante en el plenario, en tanto que no se tiene certeza si la incapacidad que se recobra sea derivada de una patología que al trabajador le hayan calificado de origen laboral, pues no se tiene la convicción de la relación que puede haber entre la enfermedad de origen laboral y el diagnóstico que generó dicha incapacidad, por lo que no podría obligársele a la ARL asumir el pago de una obligación que no cumple con los requisitos de Ley. Lo anterior, por cuanto debe existir una calificación, y el cumplimiento de todos los requisitos de Ley, con apego al manual de calificación para que esos honorarios se entiendan causados, si no hay una calificación no puede trasladarse ese recobro, porque simplemente es una carta con la afirmación del personal administrativo que indica que la enfermedad es de origen laboral, y con sola esa carta no puede asumirse la demandada un pago de unos valores que no le corresponde porque no existe calificación.

Así pues, conforme el material probatorio que reposa en el expediente, se observa que la Factura No. 149867 fue concedida a un trabajador por un diagnóstico de lesiones de hombro, relacionadas con enfermedades que fueron objeto de calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, correspondiente al síndrome de manguito rotatorio bilateral y capsulitis adhesiva derecha, concluyendo por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que eran de origen laboral, por lo que se despacha desfavorablemente la súplica incoada por el apoderado de la demandada, no quedando otro camino que confirmar el pago de dicha factura, por valor de \$3.783.000.

Ahora bien, al tener por cierto que las facturas relacionadas en el cuadro anterior fueron previamente canceladas por la demandada, y al no ser individualizadas por el Juzgado de instancia, se procederá a relacionar las que sí adeuda, conforme el DICTAMEN PERICIAL AGD2019.329.004DPVF.BASE1 visible a folios 151 a 200 del expediente digital y de las cuales no obra prueba alguna que acredite su pago, de la siguiente manera:

No.	FACTURA EPS	USUARIO	VALOR	RESPONSABLE PAGO
1	142320	YOHANNA PATRICIA SILVA CASTELBLANCO	\$45.634	COLMENA
2	142449	HERMINIA CONCEPCION REYES LOPEZ	\$47.918	COLMENA
3	142777	CLAUDIA PATRICIA GONZALEZ SANCHEZ	\$194.217	COLMENA
4	142955	FLORA EDILMA CALDERON JIMENEZ	\$17.369	COLMENA
5	144276	MARTHA YANETH PEÑA PARRA	\$96.159	COLMENA
6	144449	MARIA ISABEL ESPINEL BELTRAN	\$149.298	COLMENA
7	144778	FLOR ALBA ORJUELA LOPEZ	\$91.228	COLMENA
8	144991	YEISON LEONARDO BONILLA BERNAL	\$48.181	COLMENA
9	145785	MAURICIO GUTIERREZ ESQUIVEL	\$406.649	COLMENA
10	145792	MAURICIO GUTIERREZ ESQUIVEL	\$30.812	COLMENA
11	146597	OLGA SIOFIA BELTRAN BEJARANO	\$40.473	COLMENA
12	146847	REINA MIREYA MARTIN BELTRAN	\$86.797	COLMENA

13	149417	MARTHA AURORA CIFUENTES MONTEALEGRE	\$116.943	COLMENA
14	149420	MARTHA AURORA CIFUENTES MONTEALEGRE	\$116.609	COLMENA
15	149425	MARTHA AURORA CIFUENTES MONTEALEGRE	\$64.953	COLMENA
16	149438	CARLOS EDUARDO GALINDO OSPINA	\$3.500	COLMENA
17	149445	CARLOS EDUARDO GALINDO OSPINA	\$78.479	COLMENA
18	149448	CARLOS EDUARDO GALINDO OSPINA	\$407.243	COLMENA
19	149450	CARLOS EDUARDO GALINDO OSPINA	\$66.801	COLMENA
20	149466	CARLOS EDUARDO GALINDO OSPINA	\$723.053	COLMENA
21	149522	SANDRA MILENA GUALTEROS PEÑA	\$18.501	COLMENA
22	149529	SANDRA MILENA GUALTEROS PEÑA	\$406.776	COLMENA
23	149539	SANDRA MILENA GUALTEROS PEÑA	\$34.958	COLMENA
24	149545	SANDRA MILENA GUALTEROS PEÑA	\$2.068	COLMENA
25	150345	MARIA INES CARMEN MONROY	\$585.867	COLMENA
26	150346	MARIA INES CARMEN MONROY	\$171.954	COLMENA
27	150630	MARIA INES CARMEN MONROY	\$12.259	COLMENA
28	150685	LILIA SUSANA SUAREZ CUERVO	\$36.117	COLMENA
29	150686	LILIA SUSANA SUAREZ CUERVO	\$31.524	COLMENA
30	150688	LILIA SUSANA SUAREZ CUERVO	\$23.309	COLMENA
31	150689	LILIA SUSANA SUAREZ CUERVO	\$14.577	COLMENA
32	150693	LILIA SUSANA SUAREZ CUERVO	\$51.690	COLMENA
33	151164	ANA LUCIA GOMEZ	\$73.718	COLMENA
34	151324	ANA LUCIA BLANCO GOMEZ	\$109.234	COLMENA
35	151332	NIEVES EMILIA CHIGUAZUQUE COBOS	\$116.608	COLMENA
36	151337	NIEVES EMILIA CHIGUAZUQUE COBOS	\$116.942	COLMENA
37	152772	BLANCA NIEVES BAJONERO DE RAMIREZ	\$486.341	COLMENA
38	152282	BLANCA NIEVES BAJONERO DE RAMIREZ	\$54.429	COLMENA
39	153707	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$23.196	COLMENA
40	153708	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$23.196	COLMENA
41	153709	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$9.916	COLMENA
42	153712	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$9.916	COLMENA
43	153719	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$32.029	COLMENA
44	153720	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$37.095	COLMENA
45	153723	WILMER EMILIO SAENZ HERNANDEZ	\$47.058	COLMENA
46	154552	DORA ANGELICA SANCHEZ HERNANDEZ	\$3.818	COLMENA
47	154562	DORA ANGELICA SANCHEZ HERNANDEZ	\$91.707	COLMENA
48	154366	DORA ANGELICA SANCHEZ HERNANDEZ	\$85.185	COLMENA
49	154568	DORA ANGELICA SANCHEZ HERNANDEZ	\$13.780	COLMENA
50	154572	DORA ANGELICA SANCHEZ HERNANDEZ	\$32.744	COLMENA
51	ARL-7785	MARIA RUTH OVIEDO BECERRA	\$13.191	COLMENA
52	ARL-7786	MARIA RUTH OVIEDO BECERRA	\$50.065	COLMENA
53	ARL-7981	SONIA PATRICIA ROA FONSECA	\$132.694	COLMENA
TOTAL			<b>\$5.784.775</b>	

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que las facturas adeudadas por parte de la demandada COLMENA corresponde a la suma de \$5.784.775, sumado a la factura No. 149867 por valor de \$3.783.000, arroja un total de **\$9.567.775** que adeuda la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA a la EPS FAMISANAR, razón por la cual se **MODIFICARÁ** el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, por 54 recobros (incluida la Factura No. 149867),

derivados de enfermedades o accidentes de origen laboral, y conforme a lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia, teniendo en cuenta los pagos en relación con algunas facturas.

Finalmente, vale la pena señalar que, en relación a las facturas restantes, deberá absolverse su pago, como quiera que las mismas se encuentran a cargo de la EPS FAMISANAR, de conformidad con el Dictamen Pericial AGD2019.329.004DPVF.BASE1 visible a folios 151 a 200 del expediente digital.

#### **INTERESES MORATORIOS:**

Finalmente, el apoderado de la demandante presenta recurso de apelación respecto de la condena por concepto de intereses moratorios, como quiera que, de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, el cual dispone que todo pago deber ser imputado primeramente a intereses moratorios y después si a capital, por lo que solicita que así sea ordenado.

Por su parte, el apoderado de la demandada, solicita se revoque la condena impuesta por concepto de intereses moratorios, como quiera que la misma no resulta procedente, en tanto que no esta acorde a la Ley, toda vez que, el presente proceso, es un proceso ordinario, de modo que, solo fue a través de éste litigio que FAMISANAR EPS logró demostrar la existencia de una obligación, es decir, logró acreditar que a cargo de la demandada existía una obligación, por lo que no puede pensarse que se causaron intereses moratorios, desde el momento en que se radicó la factura. Lo anterior en primer lugar, por cuanto no hay prueba en el expediente que indique que con la radicación de la factura se habría acreditado todos los requisitos de la existencia de la obligación. En segundo lugar, por cuanto la parte demandante presentó un proceso ordinario, no ejecutivo con el que se pretende el pago de intereses moratorios, por lo que no se tenía certeza de la obligación que estaba a cargo de la demandada, y en caso en que se confirme la condena de intereses, solicita se liquiden a partir de la ejecutoria de la sentencia , y no desde la radicación de la factura, máxime si se tiene en cuenta que la demandante tuvo que aportar senda documental que acreditara a obligación.

A su turno, el Art. 1 de la Ley 776 de 2002, por la cual se dictan normas sobre la Organización, Administración y Prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, indica:

**“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** *Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le*

reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

(...)

*PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

*Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.*

*Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.*

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*

***Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.***

*(...).*"

Por su parte, el artículo 24 Decreto 4747 de 2007 que indica:

***“ARTICULO 24. Reconocimiento de intereses. En el evento de las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador del servicio tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del decreto ley 1281 del 2002.”***

Por su parte, el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, establece:

***“ARTÍCULO 7o. TRÁMITE DE LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.***

*Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son*

resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

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

**Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.**

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

**“ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA.**

*El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:*

**Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.**

*PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.*

*(...)*”

Conforme a las disposiciones anteriormente señaladas basta su aplicación directa, teniendo en cuenta que la entidad demandada omitió el pago de las facturas a las cuales tenía derecho la EPS demandante, razón por la cual procede el pago de intereses moratorios solicitados, despachando desfavorablemente las súplicas del apoderado de la demandada, los cuales de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4 del decreto ley 1281 del 2002 se liquida la tasa de interés moratoria establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se generan con posterioridad a los 30 días calendario siguientes a la presentación de la factura por parte de la EPS.

Finalmente, respecto del pedimento del apoderado de la parte demandante, relacionado a que se impute el pago en primer lugar a los intereses moratorios y posteriormente al capital, ha de precisar que los intereses moratorios se van *causando* con ocasión al capital condenado con corte a la fecha de su *liquidación*, y en ese sentido, el pago que se haga será con ocasión a la liquidación efectuada con base de los intereses moratorios sobre el capital condenado, con corte a la fecha del pago efectivo, razón por la cual, se desestima el argumento planteado por el apoderado de la parte demandante.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA SA a pagar a favor de la EPS FAMISANAR la suma de \$9.567.775 por 54 recobros, derivados de enfermedades o accidentes de origen laboral, y conforme a lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia, teniendo en cuenta los pagos en relación con algunas facturas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 23 de enero de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

**TERCERO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

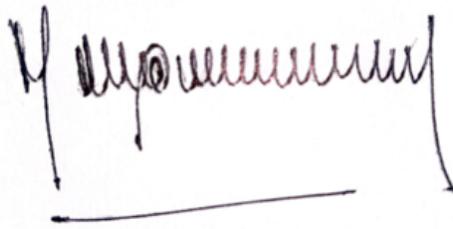


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

Link expediente digital: [23-2015-00961-01](https://expediente.gub.ve/23-2015-00961-01)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 023-2020-00455-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: SANDRA CORREDOR PEÑA**  
**DEMANDADO: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. Y LUISA FERNANDA MORENO ROJAS**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación concedido a favor de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 08 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **SANDRA CORREDOR PEÑA**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folios 1-9 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. **DECLARAR** que, cumple con los requisitos señalados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

#### **CONDENAS:**

1. **CONDENAR** a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge, lo que ocurrió el 15 de diciembre de 2019.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
3. Costas procesales.

Por auto del 18 de junio de 2021, el Juzgado de origen admitió la demanda en contra de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., y mediante proveído del 4 de agosto de 2021, se ordenó la vinculación en calidad de Litis consorte necesario por pasiva, con la señora LUISA FERNANDA MORENO. (carpeta 7 y 12)

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestó demanda: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que reconoció la prestación a favor de la señora LUISA MORENO, por ser la persona que acreditó los requisitos para el reconocimiento del derecho pensiona, que dado el conflicto que se presentó entre beneficiarias de la prestación, procedió a su suspensión. Propuso las excepciones de imposibilidad en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes hasta tanto no exista pronunciamiento de la justicia ordinaria laboral, buena fe, pago y compensación.

Entre la señora LUISA FERNANDA MORENO, indicó en su escrito de defensa que convivió con el afiliado desde el año 2011 y hasta la fecha del deceso de su compañero. Propuso las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y genérica (carpeta 15).

El Juzgado de conocimiento mediante auto de fecha 21 de julio de 2021, admitió el escrito de contestación presentado por la compañía accionada, en tanto mediante providencia del 25 de noviembre de 2021, tuvo por contestado el escrito inicial por parte de LUISA FERNANDA MORENO.

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia en sentencia el 8 de febrero de 2022, en el siguiente sentido:

**“PRIMERO: CONDENAR** a la sociedad **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora **SANDRA CORREDOR PEÑA** en un porcentaje del **66,90%**, y a la señora **LUISA FERNANDA MORENO ROJAS**, en un porcentaje del **33,10%**, de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor **GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ (q.e.p.d.)**, a partir del 15 de diciembre de 2019, montos que acrecerán en proporciones iguales, cuando la hija menor del causante **MARIANA CALLEJAS CORREDOR** que disfruta del otro 50% de la pensión, cumpla la mayoría de edad o hasta los 25 años si demuestra estar incapacitado para trabajar en razón a sus estudios, momento a partir del cual a cada una de las beneficiarias les corresponderá el 50% de la pensión.

**PARÁGRAFO:** Se deja en libertad a **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, para que descuenta de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarias, el porcentaje que le corresponda por aportes a la seguridad social en salud y de compensar en el porcentaje correspondiente de las sumas pagadas en un principio por pensión de sobrevivientes a la señora **LUISA FERNANDA MORENO ROJAS**.

**SEGUNDO: ABSOLVER** de las demás pretensiones a la demandada.

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

**CUARTO:** Sin condena en costas en esta instancia.

### **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

La señora **LUISA FERNANDA MORENO**, adujo que los elementos esenciales para la causación del derecho pensional que se pregona es el apoyo mutuo, la convivencia efectiva y la vida en común con el asegurado previo a su fallecimiento, presupuestos que su juicio acreditó ya que le brindó a su compañero comprensión, apoyo y colaboración, aunado a que compartió con él techo, lecho y mesa, por mas de cinco años, en tanto la señora Sandra Corredor, dejo de convivir con el afiliado desde el año 2011. Finalmente adujo que no hay lugar a la compensación, ya que actuó de buena fe.

Por su parte **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.**, solicitó se analice el material probatorio, ya que en su concepto no se configuraron los parámetros para la causación del derecho pensional, por parte de quienes alegan la calidad de beneficiaria, esto es, lo lazos efectivos, acompañamiento espiritual y ayuda mutua.

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor GERMÁN CALEJAS RODRIGUEZ, falleció el 15 de diciembre de 2019 (folio 38), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

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

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;”*

Ahora, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que *“Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”*.

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3948 de 2022, expuso:

*“En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.*

*Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.”*

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, la señora SANDRA CORREDOR PEÑA, asegura que contrajo matrimonio con el causante en el año 2003, y cuya convivencia se extendió hasta la calenda en que falleció su esposo lo que ocurrió el 15 de diciembre de 2019 (folio

38 cuaderno 1). Afirmación que fue reiterada en el interrogatorio de parte, quien además adujo que por cuestiones laborales, su cónyuge tenía que ausentarse mucho de su hogar *“en las fiesta especiales normalmente él no podía estar, el día por ejemplo del cumpleaños de la niña, o el día de la madre, pero cuando él llegaba a Bogotá, pues hacíamos alguna celebración pequeña, salíamos almorzar, nos íbamos de viaje, los finales del año, cuando él no podía estar en Bogotá en las fechas del 24 o el 31, cuando regresaba íbamos a la finca, pues cuando yo tenía tiempo en mis vacaciones del trabajo, viajaba con él.”*

A efectos de acreditar dicho vinculo matrimonial, se incorporó el registro civil de matrimonio, el cual permite determinar que el día 15 de noviembre de 2003, contrajo matrimonio con el señor GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ, de cuya unión procrearon a la menor MARIANA CALLEJAS CORREDOR, con fecha de nacimiento 06 de junio de 2006. (folio 30 y 35).

Por otra parte, se escuchó la declaración NANCY CALLEJAS RODRIGUEZ, quien dijo ser hermana de afiliado fallecido, y aseguró conocer a Sandra Corredor, como su cuñada, es decir, la esposa de su familiar, que dicha pareja contrajo matrimonio en el año 2003, anualidad a partir de la cual convivieron hasta la calenda en que el señor German Callejas falleció, que de dicha relación tuvo conocimiento porque compartieron muchas fechas especiales. Así mismo indicó que el señor CALLEJAS, se ausentaba mucho de su hogar por cuestiones laborales, pero que nunca hubo una separación: *“ellos están casados desde el 2003, eran esposos (...) hasta el día del fallecimiento de mi hermano”*

Entre tanto el testigo WILLIAN FALLA, manifestó conocer a la demandante hace 10 años, tiempo durante el cual convivió con su esposo el señor GERMAN CALLEJAS, que ese vínculo estuvo vigente hasta la fecha en que falleció el señor CALLEJAS: *“pues hasta donde yo estuve ahí, ellos estaban juntos (...) hasta el día de su muerte.”* Que de ello tiene conocimiento, porque compartieron reuniones tales como la fiesta de cumpleaños de su hija, además porque eran vecinos.

Aunado a lo anterior, la señora LUISA FERNANDA MORENO, quien figura como litis consorte necesario por pasiva en esta controversia, en su interrogatorio manifestó que el señor CALLEJAS tenía un vínculo matrimonial vigente con la señora SANDRA CORREDOR, y frente a la convivencia de la citada pareja enunció: *“pues yo tenía entendido de que no, pero no sé, él me decía que no, pero pues.”*

Igualmente, la testigo YENNY CALLEJAS, hija del asegurado fallecido, adujo en su testimonio, que su padre contrajo matrimonio con SANDRA CORREDOR, pero desconoce las circunstancias en que dicha convivencia se presentó ya que no compartió con ellos, que escucho a su progenitor decir que se había separado de la

demandante; sin embargo, seguidamente expresó que cada vez que se encontraba con su padre, la accionante no podía enterarse porque se disgustaba.

Así mismo, la señora CONSUELO REAL VEGA, en la declaración extra juicio - *documento que no fue desconocido por la pasiva*- adujo conocer al señor GERMAN CALLEJAS, desde el 20 de febrero de 2002, quien se casó el 15 de noviembre de 2003 con la señora SANDRA CORREDOR, conviviendo con ella de manera permanente y sin interrupciones hasta el 15 de diciembre de 2019, día en que él falleció (folio 26). En tanto el señor WILLIAN FALLA y NANCY CALLEJAS, en sus manifestaciones rendidas ante la Notaria 49 y 74 de Bogotá, respectivamente, señalaron las mismas situaciones expuestas ante el A-quo.

Luego de material probatorio descrito, se puede colegir, que la demandante no solo acreditó su calidad de cónyuge del causante, sino que convivió de manera ininterrumpida con él, por algo más de 16 años -*15 de noviembre de 2003 al 15 de diciembre de 2019*-, teniendo un proyecto de vida como pareja estable y basado en un vínculo de apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuo, por lo que a todas luces tiene la calidad de beneficiaria de la prestación invocada.

Ahora frente a la señora LUISA FERNANDA MORENO, quien aduce ser la compañera permanente del asegurado, ha de reiterarse, que como quiera que se trato de un afiliado, no se requiere demostrar un término mínimo de convivencia de cinco años, empero si la calidad que se aduce y ese socorro, cuidado y vida en común para la calenda de deceso.

A efectos de probar la calidad de compañera permanente, atendiendo lo dispuesto por la Ley 54 de 1990, se escuchó la declaración de la señora NANCY CALLEJA, testigo solicitado por la demandante, pero quien adujo que su hermano y la señora LUISA MORENO sostuvieron una relación, que por comentarios del señor CALLEJAS, hubo una separación entre la citada pareja en el 2017, empero llama la atención de la Sala, que seguidamente hubiese manifestado que, la señora MORENO fue quien se trasladó hasta el lugar en el que murió el afiliado, que estuvo presente en todas las diligencias y que él seguía visitándola : *“pues mi hermano terminó esa relación, pero el seguía yendo allá de vez en cuando por colaborarle”*

Adicionalmente la testigo SANDRA MILENA PARRA TRIANA, dijo conocer a LUISA MORENO desde hace 10 años, porque llegó a vivir frente a su casa: *“para finales del año 2011”*, que habitó la vivienda con GERMAN CALLEJAS, con quien convivió hasta que él falleció, que nunca hubo una separación entre ellos, que por cuestiones laborales el señor Callejas se ausentaba de su hogar *“Germán yo lo veía cada 20 o 25 días que, él llegaba a visitar a Luisa, parqueaba la mula frente a la casa, sobre*

*la avenida y todo y como vuelvo y les reitero, en el barrio vive familia de Germán , por las reuniones familiares siempre los veía, y cuando ella publicaba las fotos”*

Finalmente YENNY CALLEJAS, hija del afiliado, en su declaración, preciso que LUISA MORENO, que tuvo una relación con su padre por espacio de ocho años, la cual se prolongó hasta la fecha en que del fallecimiento de su progenitor, que su papá era conductor, pero siempre trataba de hospedarse en la casa donde habitaba con la señora Moreno *“mi papá como manejaba mula, mi papá siempre él terminaba cuando él iba para Ibagué, para Buenaventura, paraba en Ibagué se quedaba ahí con Luisa y ahí Luisa le organizaba su ropa, le organizaba las cosas, y mi papá seguía para Buenaventura, cuando era Semana Santa, mi papá se quedaba allá, cuadraba los viajes, tratando de que quedara en Ibagué y quedaba allá con Luisa, estaba siempre juntos, en diciembre los mismo, nos reunimos todos, en Semana Santa”*

Así mismo, se allegó una declaración rendida por el afiliado y la señora Luisa Fernanda Moreno, ante la Notaria Séptima de Ibagué, con fecha de elaboración el 17 de julio de 2012, en la que se indicó que convivían de manera continua e ininterrumpida desde el mes de noviembre de 2011.

ACTA DE DECLARACIÓN EXTRA PROCESO  
No. 03303

Ante este Despacho comparecieron: GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ Y LUISA FERNANDA MORENO ROJAS, identificados al pie de sus firmas, quienes manifestaron que por medio del presente documento y bajo la gravedad del juramento declararon lo siguiente:

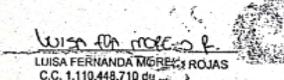
- 1) Lo de ley:
  - a) Nuestros nombres son como quedaron expuestos.
  - b) Edad: 50 – 25 AÑOS
  - c) Estado Civil: UNION LIBRE
  - d) Profesión: CONDUCTOR – AMA DE CASA
  - e) Residencia: CALLE 70 No. 1-15 Tunal EN IBAGUÉ TELEFONO 2712441

PRIMERO: Que no tenemos ningún impedimento para declarar. SEGUNDO: Que esta declaración la rendimos libre de todo apremio y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea el juramento en falso. TERCERO: Manifestamos que convivimos de forma continua e ininterrumpida desde noviembre de 2011 compartiendo, mesa, techo y lecho. CUARTO: Manifestamos que de dicha unión no hemos procreado hijos. QUINTO: Yo GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ manifiesto que LUISA FERNANDA MORENO ROJAS, conforma mi grupo familiar. SEXTO: Yo GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ manifiesto que LUISA FERNANDA MORENO ROJAS, depende económicamente de mí para su bienestar, protección y alimentación.

La presente declaración Juramentada, se rinde para presentarla ante: QUIEN INTERESE

Los declarantes,

  
 GERMAN CALLEJAS RODRIGUEZ  
 C.C. 60.262.778 Santafé de Bogotá

  
 LUISA FERNANDA MORENO ROJAS  
 C.C. 1.110.448.710 de ...

A lo que se debe agregar que la entidad llamada a juicio, le reconoció la prestación a LUISA MARIA MORENO, por haber acreditado los requisitos legales, pero cuya suspensión se presentó ante la controversia entre beneficiarios.

En este orden de ideas, se considera que no erró el Juez de primera instancia en otorgar la prestación a favor de SANDRA CORREDOR, ya que como se mencionó además de acreditar el vínculo matrimonial, demostró la convivencia con el afiliado, por mas de 16 años *-15 de noviembre de 2003 hasta el 15 de diciembre de 2019-*, en tanto LUISA MARIA MORENO, tan solo probó la calidad de compañera permanente, desde el 2 de abril de 2012, como quiera que así lo señaló ante el Notario 4 de Ibagué, y lo indicó en las diligencias administrativas practicadas por Suramericana.

Sin embargo, pese a que en esta instancia se determinó que la convivencia presentada entre LUISA MARIA MORENO y el señor GERMAN CALLEJAS, solo comenzó el 2 de abril de 2012 hasta la data en que el asegurado falleció, lo que generaría una disminución en el porcentaje del reconocimiento pensional, ya que el juez de conocimiento, estableció que ello había acaecido desde enero de 2012, modificar la sentencia en esta aspecto haría más gravosa la situación de la única apelante en el tema, por lo que se deberá confirmar los porcentaje enunciados por el *A-quo*.

Advirtiendo que la entidad convocada a juicio, está en la facultad para compensar las sumas ya pagadas, a favor de LUISA FERNANDA MORENO, en consideración que aun cuando haya recibido de buena fe los citados rubros, se trata de dineros pertinentes al sistema de seguridad social, además que negar dicha compensación constituiría un enriquecimiento sin justa causa, ya que son sumas que no le pertenecen.

Por último frente a la excepción de prescripción, debe manifestarse que basta con indicar que el derecho se causó a favor de los beneficiarios, el 15 de diciembre de 2019, fecha del deceso del afiliado, en tanto las peticiones fueron radicadas tanto por LUISA MORENO y SANDRA CORREDOR, el 4 de marzo y 24 de agosto de 2020, respectivamente, mientras que la acción ordinaria fue presentada el 10 de diciembre de 2020, por lo que no transcurrió el término trienal dispuesto en el artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S.

Los anteriores razonamientos, permiten concluir que, no hay lugar a revocar, ni modificar la decisión de primera instancia, como quiera que tanto la señora SANDRA CORREDOR, como LUISA MORENO, demostraron la calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente, así como esa ayuda, convivencia y socorro mutuo, para el momento en que falleció el afiliado.

#### **COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

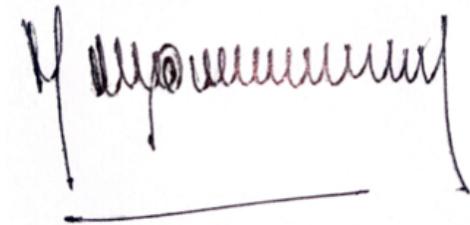
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el día 8 de febrero de 2022, según se expuso.

**SEGUNDO: Sin Costas** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

[23-2020-00455-01](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 23-2021-00067-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZA**  
**DEMANDADO: TAKAMI SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de ambas partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **TAKAMI SA**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES PRINCIPALES:**

**DECLARATIVAS:**

1. Declarar que entre TAKAMI SA y el señor EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZA, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de marzo de 2008 hasta el 27 de octubre de 2020.
2. Declarar que lo denominado "AUXILIO DE ALIMENTACIÓN", es una retribución de trabajo del demandante y constituye factor salarial.
3. Que se declare que el actor trabajó 12 horas extras cada mes y que estas sean reconocidas dentro del ingreso base de liquidación e ingreso base de cotización.

#### **CONDENATORIAS:**

1. Condenar a las demandadas a pagar al actor, indexadas al momento del pago, las siguientes sumas por reajuste a rubros pagados con base a salarios inferiores a los que realmente devengó durante su vinculación laboral:
  - a. \$3.110.430,56 por cesantías.
  - b. \$299.334,98 por interés a las cesantías.
  - c. \$3.110.430,56 por prima de servicio.
  - d. \$535.000 por concepto de vacaciones.
2. Condenar a la demandada a pagar al actor la sanción del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignar o pagar completas las cesantías durante su vinculación. Un salario dese el 14 de febrero de 2009 hasta el 27 de octubre de 2020.
3. Condenar a la parte demandada, al pago a favor del actor a la suma de \$598.669,95 por concepto de sanción por no pago de los intereses sobre las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral, esto es, desde el 12 de marzo de 2008 y el 27 de octubre de 2020.
4. Condenar a la parte demandada a pagar a favor del actor al suma de \$1.187.962,96 por concepto de re-liquidación indemnización por despido sin justa causa, indexadas al momento de su pago.
5. Condenar a TAKAMI SA a pagar la sanción moratoria del artículo 65 del CST, por no haberle cancelado la liquidación final de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, esto es, 27 de octubre de 2020, esta condena debe extenderse hasta hacerse efectivo el pago, a la fecha 26 de noviembre, la suma asciende a \$1.096.616.
6. Costas procesales.

#### **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:**

1. En el evento de no ser reconocida la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del CST, se proceda a la actualización monetaria de las sumas constitutivas de salario o prestaciones sociales causadas

durante la vigencia del contrato y hasta el día en que se haga efectivo su pago, de acuerdo a la variación del índice de precios al Consumidor (IPC), certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE).

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La sociedad **TAKAMI SA**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 5 de agosto de 2021.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** que entre el demandante EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZA y TAKAMI SA existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 12 de marzo de 2008 al 20 de noviembre de 2015, y un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de diciembre de 2015 y el 27 de octubre de 2020.

**ABSOLVIÓ** a la demandada TAKAMI SA de las pretensiones de la demanda.

**CONDENÓ** en COSTAS al demandante y a favor de la demandada.

### **RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. AUXILIO DE ALIMENTACIÓN:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que, el auxilio de alimentación es retributivo del servicio, en el sentido que todos los meses recibía el mismo valor y la empresa no le hacía ningún tipo de seguimiento, lo que quiere decir que no tenía destinación específica. En consecuencia, ese pago da cuenta que cuando reúne estas condiciones, el pago se convierte en salarial, independientemente del pacto de desalarización, resaltando que existen múltiples sentencias, la mas reciente del 17 de febrero de 2021 de la Corte Suprema de Justicia relativa a estos asuntos, concluyendo que el 90% lo reconoce, cuando argumenta *“para responder esta parte de la acusación la corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria el amparo de*

*la facultad contemplada en el artículo 15 de la ley 50 de 1990 que subrogo el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que por ley claramente tienen tal carácter, ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es por corresponder a una retribución directa al servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial, carece pues de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa al servicio, esto es derechamente y sin torceduras el trabajo realizado por el empleado. Por otro lado, señala que, el “binomio” salario – prestación personal del servicio, es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador, por regla general, son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedezca a una destinación distinta. Bajo esta consideración el empleador debe probar que su destinación tiene una causa no remunerativa. Así las cosas, para la sala en el caso fijado por el tribunal, los sabios preceptos normativos, resulta acertado pues conforme a la verdad procesal encontró que lo percibido por el demandante bajo la denominación general auxilio de alimentación realmente remuneraba los servicios de manera que el pacto de exclusión salarial suscripto entre las partes no podía desconocer dicha realidad, de allí que el cargo no prospere.”*

- 2. MALA FE:** Por otro lado, indica que, conforme lo anterior, señala que, la empresa demandada actuó de mala fe, pues no solo allegó las pruebas solicitadas, sino que las oculta, aunado al hecho que desalariza cosas que si son salario, trayendo a colación la sentencia SL 2223 de 2021.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí hay lugar o no a tener como factor salarial el auxilio de alimentación devengado por el actor. **2)** En caso afirmativo si hay lugar a ordenar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta

el concepto de “Auxilio de Alimentación” como factor salarial, y en consecuencia reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones.

### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

Sea lo primero precisar, que no fue motivo de inconformidad la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el 12 de marzo de 2008 al 20 de noviembre de 2015, y un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de diciembre de 2015 y el 27 de octubre de 2020 entre el demandante EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZA y TAKAMI SA .

### **DEL SALARIO:**

Solicita el apoderado de la parte demandante se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que, el *auxilio de alimentación* es retributivo del servicio, en el sentido que todos los meses recibía el mismo valor y la empresa no le hacía ningún tipo de seguimiento, lo que quiere decir que no tenía destinación específica. En consecuencia, ese pago da cuenta que cuando reúne estas condiciones, el pago se convierte en salarial, independientemente del pacto de desalarización, resaltando que existen múltiples sentencias, la mas reciente SL2223 DEL 17 de febrero de 2021 de la Corte Suprema de Justicia relativa a estos asuntos, concluyendo que el 90% lo reconoce, de conformidad con el artículo 53, primacía de la realidad sobre las formas, un pacto no puede quitarle la connotación salarial a un pago que tiene múltiples decisión por parte de la Corte Suprema de justicia, máxime si se tiene en cuenta que son procesos en contra de la misma acá demandada, bajo hechos similares. Por otro lado, señala que no solo deberá declarar que ese pago es constitutivo de salario de los años 2015 a 2020, sino también de 2008 a 2015, especialmente, en lo que respecta a los aportes a pensión, como quiera que es imprescriptible, en ese sentido solicita se condene al cálculo actuarial que establezca el fondo de pensiones.

Al respecto, el art. 127 del C.S.T. preceptúa:

**“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.** Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. 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”.

Por su parte, el artículo 128 de la misma norma señala que **NO** constituyen salario 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 constituyan salario en dinero o en especie.

De allí se sigue que «independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial» (CSJ SL12220-2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar la documental obrante en el plenario, se observa la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito entre las partes el día 17 de diciembre de 2015 que dispuso:

**“SÉPTIMA. SUMAS NO CONSTITUTIVAS DE SALARIO.** - Se manifiesta en forma expresa que ninguno de los pagos enumerados en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la Ley 50 de 1990 artículo 15 tienen carácter de salario. Igualmente se acuerda en forma expresa que beneficios o auxilios de conformidad con la misma norma tampoco tienen el carácter de naturaleza salarial como son: Cualquier suma que llegue a recibir en el futuro el trabajador adicional a su salario ordinario o sumas constitutivas del mismo, en beneficios extralegales, auxilios ocasionales, subsidios para transportes, **alimentación**, ni la diferencia del bajo costo de venta de la misma, así como uniforme de distingo comercial, bonificaciones, tiempo otorgado por mera liberalidad o cualquier otra suma en dinero o en especie que recibe el TRABAJADOR, pues las mismas no enriquecen su patrimonio sino se entregan para desempeñar a cabalidad sus funciones; pactan también que no son salarios las herramientas, ni los elementos de trabajo que reciba el TRABAJADOR, ni las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX del CST.

(...)

**PARÁGRAFO 2.** – Sí EL TRABAJADOR por razón de la naturaleza de su cargo recibiere **auxilio de alimentación**, las partes son conscientes y así lo hacen constar, que las sumas que se cancelen al trabajador por ese concepto no constituyen salario para ningún efecto legal de conformidad con el artículo, en virtud del artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.”

Por otro lado, al revisar los comprobantes de nómina visible a folios 33 a 90, se reconoció el auxilio de alimentación al señor EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZA desde el mes de enero de 2016 hasta marzo de 2020, pues con

posterioridad, dada la entrada de la Pandemia del COVID 19 se le reconoció al actor "Auxilio por Covid 19" desde abril hasta agosto de 2020.

Por su parte, se recibió el interrogatorio de parte del demandante, EDGARDO ENRIQUE CRISON quien manifestó que al firmar el contrato de trabajo, le indicaron que le iban a pagar el salario mínimo más auxilio de alimentación el cual, era un acuerdo, de acuerdo al cargo, que el auxilio de alimentación fue fijo a veces aumentaba anualmente, que dentro de la planta de procesos no era permitido consumir alimentos, era en la cafetería donde tomaba los alimentos y el almuerzo lo llevaba o salía a la calle a comprarlo, pero **la empresa no le pagaba alimentos**, señaló que la compañía le suministraba un refrigerio en la mañana y le daba unos 15 minutos para consumirlo, además se le concedían 45 minutos de almuerzo, que cerca de la planta había restaurantes y el día que no llevaba almuerzo pues salía y lo compraba y lo consumía, finalmente, señaló que en el contrato de trabajo estaba excluido el auxilio de alimentación como salario.

Por otro lado, se recibió la prueba testimonial del señor ANDRÉS CARRILLO BARBOSA, quien indicó que, el demandante recibía salario básico, correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, así mismo un auxilio de alimentación, que no era constitutivo de salario, pues así estaba establecido en el contrato de trabajo que suscriben todos los trabajadores, sin embargo, señala que el auxilio de alimentación variaba año a año, y el mismo se pagaba mes a mes, que no se hacía seguimiento al respecto, y que no retribuía el servicio prestado por el demandante.

A su turno, el señor GILDO ROCIANO ESTRADA, manifestó que trabajó entre el 2017-2019 como Director de logística de la planta de producción de la empresa demandada donde conoció al demandante, quien realizaba labores de producción, que el salario era el básico más un complemento de alimentación, dependiendo de los cargos por lo que para los operarios el auxilio era menor, que el demandante no hacía parte de su equipo de trabajo, que la empresa no hacía seguimiento al gasto del auxilio de alimentación, sabe que el demandante recibió auxilio de alimentación, al ser director del área sabía cuánto devengaban los trabajadores, que no leyó el contrato del señor demandante directamente, pero se imagina que debe tener la misma cláusula que todos los contratos, que el promedio del auxilio de alimentación de los operarios era entre \$180.000 o \$220.000, refirió que las evaluaciones de desempeño se realizaban cada año y con base en ella se aumentaba el auxilio de alimentación, reitera lo sabe porque realizaba evaluaciones de desempeño y las pasaba a la gerente, cuando definía sí realizaba el aumento y que hacía la evaluación del cargo, pero no hizo nunca la del demandante por no ser su jefe directo.

La señora MARÍA CECILIA RUIZ, afirmó que fue compañera de trabajo del demandante, que laboró como mensajera en la empresa demandada entre el año 2005 a 2020 y que el demandante laboró en la planta de procesos, sabe que recibía sueldo y anexos, pero no sabe en qué consistían esos anexos.

El señor JULIÁN MEDINA BEJARANO señaló que es director de producción de la empresa demandada desde hace 11 años, que fue jefe inmediato del demandante quien trabajó en la planta de procesos, recibía mensualmente su salario y un auxilio de alimentación como parte no salarial, tal como se había establecido en el contrato, que el auxilio de alimentación lo fija la empresa, como jefe no tiene incidencia en ello, el auxilio se incrementa en la medida que sube el porcentaje del salario, que era el encargado de realizar la evaluación de desempeño al demandante con el fin de retroalimentar las falencias; esta evaluación no tenía incidencia en el auxilio de alimentación, que la empresa tiene espacios para consumir alimentos, que el demandante siempre salía a complementar el almuerzo en inmediaciones, que los días viernes se acostumbraba a que los trabajadores no llevaban almuerzo y salían a consumirlo, manifestó que en la planta no pueden preparar alimentos por contaminación cruzada, por regulación del INVIMA no pueden dar el almuerzo y se les da un dinero a los trabajadores, pero los trabajadores de las demás instalaciones de la empresa sí reciben el almuerzo en especie, que desde el ingreso se les indica a los trabajadores de la planta que el auxilio era para alimentación y no era salario, la compañía parte de la buena fe que se utilice ese dinero en la alimentación para tal fin que fue destinado, que la empresa les da a los trabajadores un refrigerio a las 9 por ejemplo, una bebida y un pastel, adicionalmente se da un tiempo para que los trabajadores puedan almorzar en inmediaciones de la empresa.

Finalmente, se recibió el testimonio de LUCÍA ROCÍO BEJARANO SILVA, quien manifestó que el demandante fue auxiliar de producción en la empresa demandada y que él mismo recibía salario y auxilio de alimentación no prestacional el cual se fijaba respecto del cargo, que no tenía nada que ver con el desempeño, que no le realizaba evaluación de desempeño, lo que realizaban era una retroalimentación para que tuviera en cuenta los aspectos a mejorar, el auxilio de alimentación aumentaba de acuerdo al salario mínimo que le pagaban únicamente a los trabajadores de bodega o de planta, que respecto del auxilio de alimentación nunca existió queja sobre el carácter no salarial del auxilio, que varias veces vio al demandante en el restaurante cercano tomando alimentos o bebidas y lo vio también en la cafetería consumir alimentos, que la empresa tenía la costumbre de salir a almorzar los viernes todos los trabajadores, que la compañía da un refrigerio en las mañanas a los trabajadores, una bebida caliente o fría y un bizcocho, que el auxilio de alimentación únicamente se daba a los trabajadores de la bodega, dado que los demás trabajadores sí recibían el

almuerzo y que el incremento del auxilio de alimentación era igual para todos. La empresa no realizaba seguimiento a el gasto de alimentación era muy difícil realizar este control, pero que el dinero se da para comprar la materia prima.

Conforme la prueba allegada al plenario se logra evidenciar que el pago por concepto de auxilio de alimentación aparece reconocido y pagado al demandante todos los meses desde enero de 2016 al mes de marzo de 2020 en los comprobantes de nómina, con la única excepción a partir del mes de marzo de 2020, con ocasión a al entrada de la Pandemia del COVID 19, que recibió el nuevo auxilio por Covid 19 hasta agosto de 2020, conforme las pruebas arrimadas al proceso.

En ese orden de ideas, si bien existe un pacto de exclusión salarial, conforme se observó anteriormente, en este caso en particular no resulta válida, pues la facultad conferida a la partes en el artículo 128 del CST no permite despojar de incidencia salarial a un pago claramente retributivo del servicio personal prestado, pues como lo ha sostenido esta corporación, «[...] *la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo*» así se le dé una denominación que en apariencia podría no ser salario (CSJ SL, 13 junio de 2012, radicación 39475, reiterada en sentencia SL205 de 2023).

Así, frente la falta de material probatorio que desvirtúe el carácter retributivo de los valores recibidos por concepto de auxilio de alimentación, por el periodo comprendido de enero de 2016 a marzo de 2020, esto es, por la totalidad de la vigencia de la segunda relación laboral, a excepción de los días de diciembre de 2015, y ante lo reiterativo de dicho pago, sin estar acreditado a haber estado destinado a situaciones totalmente ajenas a la retribución de los servicios prestados por el demandante, no queda otra opción que **REVOCAR** la decisión de la primera instancia, para en su lugar **DECLARAR** que el concepto AUXILIO DE ALIMENTACIÓN devengado por el demandante tiene el carácter de factor salarial.

Conforme lo anterior, se procede a re-liquidar las prestaciones sociales y vacaciones canceladas al demandante, incluyendo el concepto de auxilio de vacaciones, promediando el valor del auxilio de alimentación, conforme los desprendibles de nómina allegados al plenario, pues el mismo variaba cada anualidad así: 2016 \$250.000, años 2017 a 2019 \$267.500 y a partir del mes de enero del 2020 \$283.550.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Ahora bien, previo a liquidar las prestaciones sociales, debe estudiarse la excepción de prescripción, alegada por la parte demandada.

Sobre el particular los arts. 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleado, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

Se advierte entonces que el contrato de trabajo se dio por terminado el **27 de octubre de 2020**, data a partir de la cual se harían exigibles los derechos reclamados por el trabajador, no obstante la presente acción se interpuso la presente demanda el día **18 de enero de 2021**, tal y como consta del acta de reparto visible a folio 004 del expediente digital, operando de manera parcial el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos.

Conforme lo anterior, se **DECLARARÁ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de PRESCRIPCIÓN, de la diferencia de todas aquellas prestaciones sociales (intereses a las cesantías y prima de servicios) causadas con anterioridad al 18 de enero de 2018, y en el caso de las vacaciones con anterioridad al 18 de enero de 2017. Exceptuándose la afectación de la excepción de prescripción el auxilio de cesantías, pues son exigibles al término del vínculo laboral, y en cuanto a ellas, no transcurrió el término de que trata el artículo 151 del CPT y SS u 488 del CST, conforme criterio de la sentencia SL076 de 2023, así como tampoco respecto de los aportes a seguridad social en pensión, conforme reciente criterio de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL426 de 2023.

**LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES:****1. AUXILIO DE CESANTÍAS:**

El artículo 249 del código sustantivo del trabajo, indica:

*“Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como*

*auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.”*

Al no acreditar que hubo un pago incluyendo el auxilio de alimentación, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de Auxilio de cesantías la suma de \$1.295.456,53, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación.

## **2. INTERESES A LAS CESANTÍAS:**

Conforme el *numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 del año 1990*, los intereses de las cesantías por el tiempo que se liquiden a razón de un interés legal del 12% anual.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, se **CONDENARÁ** a la demanda por concepto de diferencias en intereses a las cesantías la suma de \$84.398.86, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación.

## **3. PRIMAS DE SERVICIOS:**

Conforme lo dispone el Artículo 306 del CST, la prima de servicio es una obligación de pagarle un mes de salario a sus empleados en dos oportunidades por cada quincena, prestación que se debe pagar a quienes trabajen todo el semestre o proporcionalmente.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de prima de servicios la suma de \$756.296,81, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación.

## **4. VACACIONES:**

De acuerdo al *artículo 186 del código sustantivo del trabajo*, para quienes laboran todo un año completo o proporcional, se les reconocerá 15 días hábiles consecutivos, conforme a la remuneración establecida en el *artículo 192*, además el *artículo 189 del código sustantivo del trabajo* señala que la compensación en dinero se toma como base para su compensación el último salario devengado por el trabajador.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, se **CONDENARÁ** a la demandada por concepto de vacaciones la suma de \$505.582,43, esto es, por la diferencia causada, al incluir el auxilio de alimentación.

## **5. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:**

Finalmente, se procede a re-liquidar la indemnización por despido sin justa causa, incluyendo para el caso, el auxilio de alimentación, ordenando el pago de la suma de \$4.150.399,10.

## **6. INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990, INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST.:**

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

Por su parte, el artículo 65 del CST dispone que *si a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, 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.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Al respecto, nuestro máximo órgano de cierre en reciente jurisprudencia SL 394 de 2023, que a su vez trajo a colación la sentencia SL 1639 de 2020 adoctrinó:

**“v) Indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, y 65 del CST.**

*Respecto de estas indemnizaciones, la Sala de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).”*

Así mismo, en sentencia SL 206 de 2023:

*“Sabido es que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de manera automática, sino que, en cada caso, es menester auscultar los medios de convicción, con el fin de verificar si el empleador actuó asistido de buena fe. Solo en caso contrario, es procedente fulminar condena por este rubro.*

*Un estudio cuidadoso de las situaciones acreditadas en el proceso, lleva a la Sala a concluir que no existieron justificaciones válidas para que la empresa encausada se abstuviera de pagar la liquidación final de salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral. Por el contrario, lo que se advierte es que, a pesar de que la actora presentó renuncia el 3 de agosto de 2017, sin razón comprensible, Delcop Colombia S.A.S. decidió sufragar lo adeudado pasados 42 días desde de la finalización del vínculo contractual, a pesar de que claramente la norma impone su solución «a la terminación del contrato»; es decir, de forma inmediata.”*

Así las cosas, si bien se observa una actitud renuente de la parte demandada en reconocer como factor salarial el auxilio de alimentación, lo cierto es que de conformidad con el contrato de trabajo suscrito entre las partes, la empresa actuó bajo la convicción que el auxilio de alimentación otorgado al demandante había sido pactado con exclusión salarial, resaltando en todo caso, que tal situación tan solo se vino a desvirtuar en el trámite del presente proceso.

En suma, no se acredita que la demandada haya actuado de mala fe, razón por la cual se **ABSOLVERÁ** a TAKAMI SA del pago de la INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990, INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST.

#### **APORTES SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN:**

Finalmente, si bien la parte demandante no incluye en sus pretensiones el reconocimiento y pago de las cotizaciones a seguridad social en pensión, lo cierto es que de conformidad con el acápite de hechos incoados (Hecho duodécimo folio

2 del archivo DEMANDA Y ANEXOS del expediente digital), mediante el cual manifiesta que el cálculo de los aportes a seguridad social en pensión fue con base en el salario mínimo legal mensual vigente, el cual se estudiará su procedencia, teniendo en cuenta que es un derecho irrenunciable del trabajador.

Así las cosas, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispone: *“d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.”*

En reiterada Jurisprudencia, el órgano de cierre de esta Corporación, ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al Sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en la reciente sentencia SL463 de 2021, la corte aclaró que la actividad efectiva, desarrollada a favor de un empleador, es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se declaró que el auxilio de alimentación que recibía el actor tiene el carácter salarial, de conformidad con la sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, la cual recoge el precedente lo indicado por la máxima Corporación tendientes que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos períodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad. Por tanto, aquel debe cubrir el **100%** de los aportes correspondientes a los tiempos laborados a través de la cancelación del título pensional, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandante.

Así las cosas, se ordenará el pago de los aportes aludidos, recordando además que dichos aportes son una obligación de tracto sucesivo con miras a construir y alcanzar los requisitos para obtener una prestación del sistema General de Pensiones.

En consecuencia se **CONDENARÁ** a TAKAMI SA a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión, teniendo en cuenta la diferencia por del salario no cotizado, por concepto de “auxilio de alimentación” declarado como factor salarial, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandante, a efectos de convalidar los tiempos de aportes no efectuados en su totalidad, entre el 18 de diciembre de 2015 y el 27 de octubre de 2020.

## **COSTAS.**

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de septiembre de 2021, para en su lugar **DECLARAR** que el concepto AUXILIO DE ALIMENTACIÓN devengado por el demandante tiene el carácter de factor salarial.

**SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de PRESCRIPCIÓN, de la diferencia de todas aquellas prestaciones sociales (intereses a las cesantías y prima de servicios) causadas con anterioridad al 18 de enero de 2018, y en el caso de las vacaciones con anterioridad al 18 de enero de 2017. Exceptuándose la afectación de la excepción de prescripción el auxilio de cesantías, pues son exigibles al término del vínculo laboral, y en cuanto a ellas, no transcurrió el término de que trata el artículo 151 del CPT y SS u 488 del CST, conforme criterio de la sentencia SL076 de 2023, así como tampoco respecto de los aportes a seguridad social en pensión, conforme reciente criterio de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL426 de 2023.

**TERCERO: CONDENAR** a TAKAMI SA a reconocer y pagar a favor del señor EDGARDO ENRIQUE CRISON MENDOZ las siguientes sumas de dinero, por concepto de diferencias adeudadas así:

- a. La suma de \$1.295.456,53 por concepto de auxilio de cesantías.
- b. La suma de \$84.398.86 por concepto de intereses a las cesantías.
- c. La suma de \$756.296,81 por concepto de prima de servicios.
- d. La suma de \$505.582,43 por concepto de vacaciones.
- e. Por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 la suma de \$4.150.761,65.

- f. A pagar el valor de la diferencia del salario con el cual se debe efectuar el cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión, por concepto de “auxilio de alimentación” a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandante, a efectos de convalidar los tiempos de aportes no efectuados en su totalidad, entre el 18 de diciembre de 2015 y el 27 de octubre de 2020.

**CUARTO:** **ABSOLVER** a TAKAMI SA del pago de la INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990, INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST, conforme la parte motiva de la presente providencia.

**QUINTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

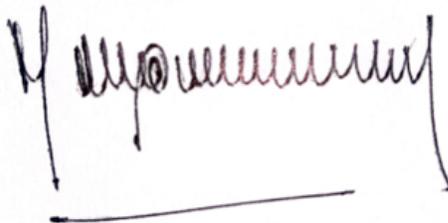


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Salvo voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITÀN**

## **SALVAMENTO DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Sentencia  
Demandante: Edgardo Enrique Crison Mendoza  
Demandada: Takami SA  
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00067-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada en el asunto de la referencia, en cuanto se revocó la decisión de primer grado para declarar ineficaz el pacto de exclusión salarial celebrado por las partes, e imponer las consecuentes condenas.

Considero que acorde con las pruebas documentales y testimoniales referidas en las consideraciones de la decisión, se trataba en verdad de un “auxilio de alimentación”, según lo acordado por las partes, que no hacía parte de la remuneración ordinaria - contraprestación directa- del servicio, y por tanto, no tenía connotación o naturaleza salarial, máxime si se tiene en cuenta que ese tipo de auxilio no es indefectiblemente retributivo, por naturaleza o disposición legal, no se acredita que dependiera de manera directa del trabajo desempeñado, por el contrario, las declaraciones dan cuenta de la finalidad del pago, en comparación con otros trabajadores de otras plantas a quienes no se les daba el auxilio en dinero sino en especie, sin que la falta de seguimiento de la destinación efectiva lo convierta en retributivo del servicio.

En mi sentir, no es posible considerar ese auxilio, que redundaba en el bienestar del trabajador, como directamente retributivo del servicio o una contraprestación directa del mismo, y con ello, su naturaleza indefectiblemente salarial, que derivara en la ineficacia del pacto de exclusión, que fue celebrado acorde con lo dispuesto en el art. 128 del CST, siendo un beneficio que en los términos de esa disposición, no tenía naturaleza salarial.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

Firmado Por:  
Luz Patricia Quintero Calle  
Magistrada  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7f90c368e254600124f584f5bb84c0dc7279f19ea2785a0b219225434c19b0ab**

Documento generado en 31/03/2023 11:04:00 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 38-2016-00502-01**

Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: EPS SANITAS**  
**DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA  
GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**  
**ASUNTO: RECURSO APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la demandante EPS SANITAS, así como la demandada ADRES presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**EPS SANITAS** instauró demanda ordinaria laboral contra **la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, debidamente sustentada como aparece a folios 5 a 9 del archivo Cuaderno físico parte 1 del expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la responsabilidad de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** respecto de la causación de los perjuicios irrogados

a la EPS SANITAS SA con ocasión al daño antijurídico derivado del no reconocimiento y pago de las sumas que fueron asumidas por ésta, y que estuvieron destinadas a la cobertura de servicios de salud a favor de diferentes usuarios con ocasión a órdenes dadas en providencias proferidas en acciones de tutela o por autorizaciones del Comité Técnico Científico, que ascienden a la suma de \$649.693.520, 167 recobros que se relacionan a folios 5 a 9 del archivo Cuaderno físico parte 1 del expediente digital.

2. Como consecuencia de la declaratoria expuesta en el numeral, se condene a la accionada, en la modalidad de indemnización del daño emergente, al reconocimiento y pago de las sumas que fueron asumidas por ésta y que fueron estimadas a la cobertura de servicios de salud a favor de diferentes usuarios con ocasión a órdenes dadas en providencias proferidas en acciones de tutela o autorizaciones del Comité Técnico Científico y que ascienden a la suma de \$649.693.520, correspondientes a 167 recobros que se discriminaron en el numeral anterior.
3. De acuerdo a la declaración del numeral primero, se condene a la accionada, en la modalidad de indemnización del daño emergente, al reconocimiento y pago de la suma de \$64.969.352 por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS objeto de la presente demanda, monto que equivale al 10% del valor de las mismas, aplicando por analogía el porcentaje del gasto administrativo admitido para las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP (Actualmente ARL).
4. En la modalidad de lucro cesante, se declare que el demandado debe pagar a favor de las demandantes, intereses moratorios, sobre el monto de que tratan las pretensiones primera y segunda, liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro y la de pago efectivo de su importe, a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrador por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.
5. Que sobre las sumas reconocidas se ordene la actualización conforme a la variación del índice de precios al consumidor (IPC), desde la fecha en que se venció el plazo para efectuar su pago hasta el día en que efectivamente éstas sean recibidas por la demandante.
6. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** contestó la demanda (fls. 120 a 145), de acuerdo al auto del 13 de abril de 2018. Se opone a las pretensiones del(a) demandante y propone excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en su condición de sucesora procesal de LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda tanto como principales como subsidiarias por la EPS SANITAS.

**EXCEPCIONES** dadas las resultas del juicio, el Juzgado se consideró relevado del estudio de las propuestas.

**COSTAS** a cargo de la entidad demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas, teniendo en cuenta que si bien el Juzgador indicó que las pretensiones no guardaban relación con los hechos incoados en la demanda, en tanto que las pretensiones no se ajustan a los hechos planteados, en tanto que lo pretendido es un cobro y no una indemnización, por lo que entonces debió inadmitir la presente demanda para que la misma fuera corregida o subsanada, o en la etapa de fijación del litigio se tomaran las medidas de saneamiento, pues la sentencia debe atenerse a los principios de consonancia y de congruencia, conforme lo dispone el artículo 281 del CGP, norma técnica que obliga al Juez a tener en cuenta 3 aspectos: el primero, que los hechos deben estar en consonancia con las pretensiones. En segundo lugar, la sentencia debe ser congruente con las pretensiones de la demanda, sin embargo, en materia laboral permite los fallos ultra y extra petita, lo que indica al Juez que dentro de sus facultades, si ve un hecho probado, así debe declararlo, y en consecuencia emitir la sentencia en tal sentido, reiterando que la parte actora denomina las pretensiones como considera pertinente, sin embargo, es el deber del Juez dilucidar las circunstancias alegadas por las partes, y en ese sentido dictar sentencia, en tanto que se tiene que ADRES no ha efectuado pago o reembolso de los recobros solicitados, y

por tal razón, le esta causando un perjuicio que le impide a la EPS SANITAS desarrollar su objeto adecuadamente. En tercer lugar, según el inciso cuarto del artículo 281 del CGP, señala que la sentencia debe guardar consonancia con cualquier hecho modificador o extintivo del derecho en discusión, claro está, que esté probado, y se anuncie a mas tardar en los alegatos de conclusión.

Aunado a lo anterior, dentro de los poderes discrecionales del Juez establecidos en el Art. 48 del CPT y SS, tiene la obligación de interpretar al demanda para decidir de fondo, respetando el principio de contradicción y congruencia.

Así mismo, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, dado que la misma adolece de argumentación y sustento jurídico, por cuanto señala el Juez que debió presentarse una acción ordinaria, empero estamos frente a una acción ordinaria, en el que se debatía si los servicios estaban cubiertos o no del POS. Toda vez que precisamente la demanda va encaminada a determinar si las facturas que se están reclamando hacen parte o no del plan de beneficios, las cuales, a través de peritaje demostró que estos no hacían parte del plan de beneficios.

2. **GLOSAS POR EXTEMPORANEIDAD:** Señala el Juzgado que, en la reclamación de perjuicios se habla de glosas por extemporaneidad, sin embargo, esto no fue objeto del debate, en tanto que los servicios prestados se realizaron porque la EPS demandante se vio en la obligación de prestarlos, con ocasión a sentencias de tutela, en protección de derechos fundamentales de los usuarios, respecto al derecho de salud y otros derechos que concluían que la EPS SANITAS debía realizar la cobertura de las terapias y demás servicios referidos, resaltando que la sentencia facultaba a la mayoría de los casos para realizar las acciones de recobro, que contrario a lo determinado por el juzgado, se realizaron de manera oportuna, sino además de manera reiterativa se realizó con la presentación del MYT 01, 02, 04, aunado al hecho que se presentó una conciliación extrajudicial, razón por la cual no es de recibo el argumento del operador judicial tendiente a que la demandante se mantuvo inactiva en el cobro directo de estas reclamaciones, cuando lo hizo mas de 4 veces, situación que se encuentra probada en el plenario.
3. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Señala que la norma que se basó el Juzgado para su decisión se encuentra derogada, en tanto que el término de prescripción adoptado no se ajusta a lo dispuesto por la Ley, en tanto que se habla de un término de 2 años, el cual se encuentra previsto en el artículo 122 del Decreto 019 de 2012, normativa que fue derogada por el artículo 158 del Decreto Ley 2106 de 2019.

En ese sentido, es claro que la norma a aplicar es el artículo 151 del CPT y SS, puesto que estamos frente a un proceso ordinario laboral, dicho artículo regula el fenómeno prescriptivo, el cual señala un término de 3 años para que los titulares de los derechos acudan ante la Jurisdicción para reclamar el reconocimiento de un derecho. Además, que dicho lapso comienza a contabilizarse desde el momento en el cual, la obligación se hizo exigible, y que la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, trayendo a colación las sentencias SL 4439 de 2017, SL 24204 de 2005, reiterada por la sentencia SL 37864 de 2012. Teniendo en cuenta lo anterior, la acción judicial adelantada por la demandante se originó de leyes sociales, puntualmente en normas de Seguridad Social, puesto que los derechos cuyo reconocimiento y pago se pretenden a través de la misma se derivan de preceptos de la ley 100 de 1993, compilado normativo que desarrolló el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y se creó el sistema general de Seguridad Social Integral, es claro que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe aplicarse a todas las acciones judiciales que emane en las leyes laborales o de la Seguridad Social.

- 4. COMPETENCIA:** Señala que el conocimiento de la demanda, fue dirimida por el Consejo Superior de la Judicatura, por lo que el superior estimó que el competente para conocer el presente asunto no era la Contenciosa Administrativa, sino la Laboral, con fundamento en lo que dispone el artículo segundo del CPT y SS.

Por otro lado, resulta aplicable el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, el cual hace referencia al procedimiento y trámite de actuación administrativa a través de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de los recobros por vía administrativa, con la simple solicitud de la entidad recobrante del Ministerio de salud y de la Protección social, esto, siempre y cuando se susciten divergencias recurrentes entre ellas, las originadas por glosas impuestas, lo que significa que esta norma no resulta aplicable a ningún caso para procesos judiciales, y mucho menos, al proceso ordinario laboral.

En segundo lugar, de la lectura del fallo que se funda el Juzgado, se puede concluir que en ningún momento dicho precepto hace mención a un término de caducidad o prescripción del derecho y/o de la acción judicial encaminada a recobrar los dineros pagados, sino que por el contrario, hace alusión a un término máximo para solucionar las divergencias recurrentes suscitadas en la actuación administrativa, a través de los diferentes mecanismo alternativos de solución de conflictos; sin embargo, no puede pensarse como equivocadamente lo hizo el Juzgado que, la remisión de la norma al término de caducidad del medio

de control de reparación directa, implique que esté consagrado en la norma un tiempo en virtud del cual, extinga el derecho al recobro. Lo que en verdad establece el artículo 122 del Decreto Ley 019, es que, de no acudir a los mecanismos fijados por la Ley para solucionar las divergencias recurrentes en un plazo de 2 años, le correspondería a la entidad recobrante en el supuesto del inciso primero de dicha norma, pagar una nueva auditoría integral.

En la hipótesis tercera, perder la posibilidad de acudir a un mecanismo de solución administrativo de las divergencias recurrentes, a través del instrumento que ha llamado a crear el Ministerio de Salud. Señala además que el artículo 122 del Decreto Ley 019 resulta inaplicable al proceso ordinario laboral, como quiera que, es únicamente aplicable al trámite de carácter administrativo, pasando por alto las normas que regulan la prescripción en los asuntos como el de estudio.

En conclusión, como el artículo 122 del decreto ley 019 regula materia netamente administrativa y diferente al procedimiento judicial, resulta absolutamente inaplicable en el presente asunto pues como ya se ha demostrado la norma debió respaldar la decisión la cual era la del artículo 151 del código de procedimiento laboral y de la Seguridad Social, lo que a la postre riñe con la normativa citada por el juez de instancia para despachar desfavorablemente las súplicas de la presente acción.

Así pues, señala que si bien los servicios fueron prestados entre el año 2012 y 2013, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que esa no es la fecha inicial para contar la prescripción, en tanto que si bien la IPS presta el servicio, la EPS solo puede exigir el derecho al recobro una vez conoce la existencia de la prestación, lo cual lo hace a través del cobro que realiza la IPS ante la EPS.

En ese sentido, al revisar el Art. 2530 del Código Civil como regla general de la prescripción, el párrafo quinto establece que el tiempo de la prescripción no se contará en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer el derecho, mientras la imposibilidad subsista. En ese sentido, para la EPS es imposible hacer exigible un derecho al no tener conocimiento del momento exacto de la prestación del servicio y del cual solo se entera a través del cobro que realiza la IPS, precisando que las reclamaciones datan de 2016 y 2018, y la fecha de la última ratificación de MYT 04 fue el 6 de marzo de 2014, la reclamación data del 18 de febrero de 2015, y la demanda se radicó el 13 de diciembre de 2016, concluyendo que, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primer grado, no transcurrieron el término trienal, por el contrario, al objetar las glosas, surtiendo el trámite administrativo, quedando el término prescriptivo interrumpido con la presentación de la reclamación administrativa, conforme el Art. 6 del CPT y SS, que no solo le es aplicable

a los trabajadores públicos en virtud de las sendas decisiones del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral colegiatura, que ha señalado en diferentes autos que esta norma debe ser interpretada de forma extensa y esta reclamación se exige como requisito de procedibilidad, entonces sí hay una obligados a presentar una reclamación y también en nuestro derecho legal de exigir los beneficios que se derivan de dicha reclamación cuál es la interrupción de la prescripción y en esta línea argumentativa hay una fecha de radicación y presentación que no superaron los 3 años, entonces debería entenderse que no ha operado el fenómeno de la prescripción, razón por la cual considera debe haber una revocatoria de la sentencia que dicta el juez en primera instancia.

- 5. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Señala que la presente acción tiene derechos conculcados de quien solicita la indemnización, por lo que no debe hacerse la limitación, máxime si se tiene en cuenta que hubo un daño, en consecuencia el perjuicio debe ser indemnizado a la EPS demandante, de lo cual se sugiere el 10% del costo del recobro, en atención a la cantidad de recobros que se están reclamando, por lo que genera una carga administrativa alta, como lo es de contratar a personal superior a la que tiene, todo ello genera un costo que conlleva a un detrimento patrimonial.
- 6. INTERESES MORATORIOS:** Conforme el Art. 4 del Decreto 281 de 2012, el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata el Decreto, causa intereses moratorios a favor de quien prestó los servicios, liquidados a la tasa de interés moratoria, establecida en los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En el sentido que al tratarse de hechos pasados, respecto de los cuales se verifica y se determina su existencia, debe haber encontrado que hubo un incumplimiento pasado y bajo esa premisa, proceda a la indemnización automática que debió haberse pagado con los intereses moratorios.
- 7. INDEXACIÓN:** Indica que es un derecho que surge solo por el hecho del paso del tiempo, y no hay reconocimiento oportuno de las sumas dinerarias, respecto de una obligación que se generó, frente a las cuales incluso, el mismo Código Civil, no trae ninguna exoneración, por lo que la indexación debe operar desde el momento inicialmente solicitado.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le

mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado la entidad demandante EPS SANITAS, tiene derecho al reconocimiento de los pagos de recobros de servicios de salud prestados. **2.** Intereses Moratorios. **3.** Indexación. **4.** Excepción de prescripción

### GENERALIDADES DEL SISTEMA DE SALUD:

Sea lo primero señalar que, si bien el asunto bajo estudio se instauró inicialmente ante la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, específicamente la acción de reparación directa, y con ello, pretendía el pago de una indemnización, sin embargo, al dirimir el conflicto de competencia suscitada, el H. Consejo Superior de la Judicatura asignó la competencia del presente asunto a la jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando en todo caso que el Juzgador de instancia llegó a la conclusión en la sentencia proferida en primera instancia que la parte demandante no pretendía el reembolso de los recursos correspondientes, sino que por el contrario, reclama una **indemnización de perjuicios derivada del no pago de estos recursos**, razón por la cual se estudiará el reconocimiento y pago del recobro de las facturas, así como los intereses moratorios, relevándose del estudio de la indemnizaciones que hace referencia la parte actora, lo anterior teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación y las mismas manifestaciones efectuadas por el apoderado de la parte demandante.

No obstante lo anterior, de conformidad con las facultades discrecionales que tiene el operador judicial, y en aplicación de la interpretación de la de la demanda, se logra apreciar que lo pretendido por la parte actora es el **recobro de las facturas** relacionadas en el libelo introductorio, pues debe resaltarse que las pretensiones no son confusas ni incoherentes, a efectos de no poder lograr su interpretación, máxime si se tiene en cuenta que la eventual “indemnización” que se señala en la demanda, corresponde a la misma suma que arrojan las diferentes facturas allí relacionadas.

En consecuencia de lo anterior, se procederá a estudiar la eventual condena por el recobro de las 167 facturas pretendidas en el libelo introductorio.

Aclarado lo anterior, no fue objeto de controversia la prestación de servicios de Terapias ABA de la EPS SANITAS en favor de sus afiliados y/o beneficiarios en cumplimiento de órdenes de tutela, los cuales fueron objeto de recobro ante el ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad.

Con arreglo a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política es deber del Estado garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos la Ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo, para el efecto creó el régimen contributivo y el régimen subsidiado de salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: plan obligatorio de salud – POS hoy denominado plan de beneficios en salud (PBS), financiado con la unidad de pago por capitación (UPC). Así mismo, la ley dispuso la creación de las entidades promotoras de salud (EPS), responsables de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y de garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados. También la creación de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), encargadas de prestar a los afiliados el plan de beneficios en salud (PBS) (Ley 100 de 1993 artículos 156,157, 159, 177, 178, 179, 181, 183, 185, artículo 14 de la Ley 1122 de 2007).

### **Del recobro de servicios de salud no incluidos en el POS**

Ahora, el plan de beneficios en salud (PBS) se actualiza periódicamente por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, no obstante, no incluye todos los servicios y tecnologías de salud, por tanto, hay insumos, medicamentos y procedimientos no cubiertos, algunos de los cuales son financiados con los recursos públicos de la salud. En consecuencia, desde la Resolución 5261 de 1994, se indicó que toda intervención que no pretenda el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad o que tenga fines cosméticos, estéticos y suntuarios no son financiadas con los recursos públicos de la salud, exclusión que fue reiterada en el artículo 6 del Acuerdo 28 de 2011, el artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011, expedidos por la extinta Comisión de Regulación en Salud – CRES y finalmente en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual definió un total de seis criterios de exclusión, a partir de los cuales el Ministerio de Salud y Protección Social ha emitido varias resoluciones con el listado de intervenciones no financiadas con recursos públicos de la salud (Resolución 330 de 2017, 5267 de 2017, 687 de 2018, 244 de 2019, 956 de 2020).

De otra parte, hay servicios y tecnologías en salud NO PBS que, en todo caso, si son financiadas con los recursos públicos de la Salud, por cuanto el ejercicio de la autonomía médica y el avance tecnológico conlleva que intervenciones no reconocidas expresamente en las resoluciones que actualizan el plan de beneficios en salud (PBS), pero con evidencia científica de su efectividad para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad sea ordenadas, caso en el cual tales servicios y tecnologías en salud pasan a ser financiadas por la Nación, para los afiliados al régimen contributivo, o por los departamentos en tratándose de los beneficiarios del régimen subsidiado, conforme el artículo 43.2.2. de la Ley 715 de 2001.

De otro lado, el artículo 8° del Acuerdo 083 de 1997 de la CNSS, estableció la posibilidad de ordenar medicamentos NO POS por los comités técnico científicos (CTC) de la IPS, pero guardó silencio frente tecnologías diferentes a los medicamentos. En consecuencia, la H. Corte Constitucional encontró barreras de acceso al servicio y mediante sentencia T-760 de 2008, ordenó a la CRES regular el trámite para que el médico tratante pueda ordenar servicios no pos distintos a medicamentos y mientras se expedía dicha regulación ordenó a las EPS someter a consideración de los Comités Técnico Científicos la aprobación de dichas intervenciones, al considerar que el derecho fundamental a la salud conlleva la garantía de acceso a los servicios que se requieran, sin importar si están o no en el plan de salud y que los servicios no incluidos, podrían ser recobrados, en el marco de las medidas adoptadas en la Ley 1122 de 2007, para garantizar el paso oportuno de recursos a las IPS.

Para garantizar el flujo de recursos por recobros, la Corte Constitucional ordenó extender el procedimiento de la Resolución 2933 de 2006 no solo a medicamentos sino a todas las intervenciones no pos, requiriendo la adopción de medidas como: *i)* permitir a la EPS iniciar el recobro cuando la decisión de tutela o comité técnico científico esté en firme, *ii)* no condicionar el recobro a que la tutela lo autorice porque basta demostrar que la EPS no está obligada a asumir la intervención conforme el POS, *iii)* limitar el reembolso a la diferencia entre la denominación genérica y de marca, cuando éste último medicamento sea ordenado cumpliendo los requisitos de calidad, seguridad, eficacia y comodidad del usuario.

**De los requisitos del recobro de servicios y tecnologías de salud no financiadas con la unidad de pago por capitación (UPC).**

Así, la Sala entra a estudiar y analizar la normatividad que circunscribe las situaciones fácticas discutidas en el presente litigio, señalándose en primera medida que con la Ley 100 de 1993 se creó el “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, con

el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.<sup>1</sup>

Así mismo, el Art. 156 de la ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), donde indica que *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.*

Bajo este escenario, debe precisarse que dentro del sistema de seguridad social en salud creado por la Ley 100 de 1993 en la actualidad aparecen 3 regímenes para tener acceso a la prestación del servicio en salud, en **primer lugar** el régimen contributivo en donde los recursos provienen de los aportes de empleados y empleadores, en **segundo lugar** régimen subsidiado en donde los recursos son recibidos del estado y manejados por las administradoras de régimen subsidiado y en **tercer lugar** el régimen que atañe a los vinculados del cual hacen parte aquellas personas no afiliadas a los dos primeros sistemas pero que atendiendo la necesidad de cobertura del sistema de salud se extiende para cubrir a toda la población, en este caso este régimen es transitorio hasta cuando el estado cumpla con su vinculación a los sistemas principales.

Es de referir que la COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD (CRES), organismo gubernamental del Sector Salud en Colombia, como unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, creada mediante la Ley 1122 del 2007, encargada del Plan Obligatorio de Salud –POS- y la Unidad de pago por Capitación –UPC-, fue liquidada mediante Decreto 2560 de diciembre de 2012, y todas sus funciones y competencias fueron trasladadas al Ministerio de Salud y Protección Social.

Posteriormente, con el Decreto 1429 de 2016, creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), que tiene como objeto administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, esto es, los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la

---

<sup>1</sup> Consejo Superior de la Judicatura. M.P. DR. JULIA EMMA GARZON DE GOMEZ

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad.

Sobre el particular, el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002, consagra el trámite que deben surtir las cuentas de cobro presentadas por las IPS, indicando que su pago no se puede condicionar a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando sea requerido y a la demostración de la efectiva prestación del servicio. A su vez, el artículo 13 *ibídem*, en su redacción original, consagró que cualquier cobro con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga (hoy en día Adres conforme el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015) sería adelantado ante su administrador fiduciario.

Ahora, de conformidad con el contenido de las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5033 de 2008, 4377 de 2010, 1089 de 2011, 1383 de 2011, 2064 de 2011, 2256 de 2011, 28 de 2012, 2851 de 2012, 3408 de 2012, 3086 de 2012, 458 de 2013, 803 de 2013, 2482 de 2013, 2729 de 2013, 5073 de 2013, 5395 de 2013, 1479 de 2015, 1328 de 2016, 2158 de 2016, 3951 de 2016, 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018, 2438 de 2018, 3055 de 2018, 5871 de 2018, 848 de 2019, 1343 de 2019, 2966 de 2019, 3514 de 2019, 894 de 2020 los requisitos mínimos que debe cumplir la EPS para recobrar son:

- i) Que la EPS haya pagado a la IPS el suministro efectivo de la tecnología, a través de la factura o documento equiparable.
- ii) La conexidad entre el servicio brindado y la tecnología ordenada por el profesional médico, el fallo de tutela o el acta del CTC.
- iii) Que el servicio sea no pos y que no pueda ser sustituido con tecnologías incluidas en dicho Plan.
- iv) Que se radique la solicitud en los formatos dispuestos, aportando los anexos exigidos y dentro del término consagrado para ello.

A su vez, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, previó la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran no conformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite. Además, la Sala se remite a los artículos 9 a 24 de la Resolución 3099 de 19 de agosto de 2008, que dispone el procedimiento para efectuar recobros al Fosyga por medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidos en el POS, ordenados por fallos de tutela.

En el caso bajo examen, se tiene en primer lugar que la entidad accionante SANITAS EPS está actuando en calidad de Entidad Prestadora de Salud, el cual debe garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, por acatamiento de fallos de tutela de carácter integral.

Ahora bien, señala el numeral 2º del artículo 3º de la Resolución 395 de 2016:

*“**Recobro.** Solicitud presentada por una entidad recobrante ante el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA o quien haga sus veces, a fin de obtener el pago de cuentas por concepto de servicios o tecnologías en salud **no** cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, cuyo suministro fue garantizado a sus afiliados y prescrito por el profesional de la salud u ordenados por fallos de tutela”*

Por otro lado, el Art. 5 ibídem señala:

*“Artículo 5. Reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. La prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC será realizada por el profesional de la salud, el cual debe hacer parte de la red definida por las EPS-EOC, a través del aplicativo que para tal efecto disponga este Ministerio, el cual operará mediante la plataforma tecnológica del Sistema Integral de Información de la Protección Social - SISPRO con diligenciamiento en línea o de acuerdo con los mecanismos tecnológicos disponibles en la correspondiente área geográfica.*

***De manera excepcional, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), las Entidades Obligadas a Compensar (EOC) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) serán responsables de adelantar el reporte de la prescripción de servicios y tecnologías en salud no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, cuando éstos sean ordenados mediante fallos de tutela en caso de que se requiera, por situaciones de contingencia o para registrar las decisiones adoptadas por las Juntas de Profesionales de la Salud.”***

Por razones de método, la Sala comenzará a estudiar lo relacionado a la excepción de prescripción, señalando, entre otras cosas, el apoderado de la parte demandada que no es posible aplicar el artículo 122 del Decreto 019 de 2012, normativa que fue derogada por el artículo 158 del Decreto Ley 2106 de 2019, conforme lo indicó el Juez de instancia, sino que por el contrario, debe aplicarse el artículo 151 del CPT y SS, puesto que estamos frente a un proceso ordinario laboral, dicho artículo regula el fenómeno prescriptivo, el cual señala un término de 3 años para que los titulares de los derechos acudan ante la Jurisdicción para reclamar el reconocimiento de un derecho. Además, que dicho lapso comienza a contabilizarse desde el momento en el cual, la obligación se hizo exigible, y que la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, trayendo a colación las sentencias SL 4439 de 2017, SL 24204 de 2005, reiterada por la sentencia SL 37864 de 2012.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala que, si bien los servicios fueron prestados entre el año 2012 y 2013, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que esa no es la fecha inicial para contar la prescripción, en tanto que si bien la IPS presta el servicio, la EPS solo puede exigir el derecho al recobro una vez conoce la existencia de la prestación, lo cual lo hace a través del cobro que realiza la IPS ante la EPS.

En ese sentido, indica que al revisar el Art. 2530 del Código Civil como regla general de la prescripción, el párrafo quinto establece que el tiempo de la prescripción no se contará en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer el derecho, mientras la imposibilidad subsista. En ese sentido, para la EPS es imposible hacer exigible un derecho al no tener conocimiento del momento exacto de la prestación del servicio y del cual solo se entera a través del cobro que realiza la IPS, precisando que las reclamaciones datan de 2016 y 2018, y la fecha de la última ratificación de MYT 04 fue el 6 de marzo de 2014, la reclamación data del 18 de febrero de 2015, y la demanda se radicó el 13 de diciembre de 2016, concluyendo que, contrario a lo afirmado por el Juzgado de primer grado, no transcurrieron el término trienal, por el contrario, al objetar las glosas, surtiendo el trámite administrativo, quedando el término prescriptivo interrumpido con la presentación de la reclamación administrativa, conforme el Art. 6 del CPT y SS, que no solo le es aplicable a los trabajadores públicos en virtud de las sendas decisiones del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral colegiatura, que ha señalado en diferentes autos que esta norma debe ser interpretada de forma extensa y esta reclamación se exige como requisito de procedibilidad, entonces sí hay una obligados a presentar una reclamación y también en nuestro derecho legal de exigir los beneficios que se derivan de dicha reclamación cuál es la interrupción de la prescripción y en esta línea argumentativa hay una fecha de radicación y presentación que no superaron los 3 años, entonces debería entenderse que no ha operado el fenómeno de la prescripción, razón por la cual considera debe haber una revocatoria de la sentencia que dicta el juez en primera instancia.

De entrada se advierte que el argumento del apelante referido a la no aplicación de la caducidad, carece de fundamento en la medida en que la Corte Constitucional, definió el asunto de competencias a partir del Auto 389 del 22 de julio de 2021 reiterado en el A744 del mismo año, mediante los cuales se establece que por la naturaleza del asunto, las pretensiones como las aquí formuladas son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En esa medida se realizará un recuento normativo, empezando por señalar que la Ley 100 de 1993, creó el “Sistema de Seguridad Social Integral”, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con los postulados constitucionales, mediante la protección de las contingencias que la afecten , y estando sujeta a los

principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

A su vez, el Art. 156 de la Ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.

Entre tanto, el artículo 7.º del Decreto 806 de 1998, prevé que el Plan Obligatorio de Salud: *“Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

No obstante, cuando un servicio médico, procedimiento y/o los medicamentos no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, está en la obligación de brindarlo, y presentar ante el FOSYGA hoy ADRES, la cuenta de recobro.

Por su parte, el art. 11 de la Ley 1608 de 2013, establece que *“los recobros y reclamaciones que se realizan al Fosyga cuya glosa de carácter administrativo hubiese sido notificada con anterioridad a la expedición de la presente Ley, y sobre los cuales no haya operado el término de caducidad de la acción contenciosa administrativa correspondiente, solo se exigirán para su reconocimiento y pago los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación. Las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Salud habilitadas. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá permitir que los documentos de soporte de los cobros o reclamaciones ante el Fosyga sean presentados a través de imágenes digitalizadas o de la tecnología que para tal efecto defina dicha entidad”*.

El aparte respectivo de la norma, se reglamentó por el Decreto 347 de 2013, que en su lo pertinente, establece que:

**«Art. 7º.** *Procedencia del reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones con glosa de carácter administrativo. Los recobros o reclamaciones de que trata el inciso cuarto del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013, en concordancia con el presente decreto, sobre los cuales procederá el reconocimiento y pago, serán aquellos:*

- 1. Que cumplan con los elementos esenciales a que refiere el presente decreto y se acrediten según lo dispuesto en el artículo anterior.*

2. Respecto de los cuales las entidades recobrantes o reclamantes hayan sido notificadas de la imposición de la glosa antes de la entrada en vigencia de la Ley 1608 de 2013, esto es, del 2 de enero de 2013.

3. Respecto de los cuales no haya operado el término de caducidad prevista para la acción de reparación directa en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Tratándose de recobros, que estos no hayan sido glosados por considerar que la tecnología en salud se encontraba incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS), como causal única.

**Art. 8º.** *Términos y formatos para la presentación de las solicitudes de recobro y/o reclamación objeto de esta medida. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá los criterios de evaluación de los elementos esenciales, los períodos de radicación que las entidades recobrantes o reclamantes deberán atender, los formatos que deberán diligenciar, así como los términos en que se surtirá el trámite de reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones de que trata el inciso cuarto del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013»*

Ahora, las normas transcritas establecen que en esta clase de eventos, resulta aplicable el medio de control de reparación directa de que trata el art. 164 del CPACA, y además, la Sala de lo Contencioso Administrativo - Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, rememoró en providencias del 29 de julio de 2021 en el radicado n.º 25000-23-26-000-2010-00453-01(51179) y del 11 de abril de 2019, dictada dentro de la radicación n.º 25000 23 36 000 2016 01506 01 (), que por regla general, la acción idónea para buscar el pago de los dineros adeudados por recobros efectuados al Ministerio de Salud y Protección Social, si tuvo origen en un acto administrativo, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, pero si consistió en un hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la Administración deberá verificarse a través de la acción de reparación directa.

Incluso la misma Corporación, en sentencia del 19 de febrero de 2018 proferida dentro de la radicación n.º 52000 23 31 000 2009 00534 01 (42757), confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que declaró la caducidad de la acción de reparación directa ventilada entre la EPS Sanitas SA y La Nación - Ministerio de Protección Social, con ocasión de recobros ante el Fosyga, por medicamentos y servicios médicos no incluidos en el plan obligatorio de salud POS. Se pueden consultar al respecto, igualmente las sentencias del 29 de septiembre de 2006 rad. 41001 23 31 000 2004 01533 01 (30550) y del 19 de septiembre de 2007 rad. 76001 23 31 000 1994 00916 01 (16010).

Queda claro entonces que, como las actuaciones del Fosyga, hoy Adres, se asumen en nombre y representación del Estado, el hecho de «glosar, devolver o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos, insumos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud –NO POS-, constituyen actos administrativos, particulares y concretos, y por ende, es viable la remisión a la cláusula de competencia general prevista en el art. 104 de la Ley 1437 de 2011, para la jurisdicción de lo contencioso administrativa; criterio este, que acogió igualmente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones APL4069-2022,

APL1531 y APL3522 ambas de 2018, en las que se resolvieron conflictos suscitados entre juzgados laborales y civiles, respecto de materias similares a la que hoy se ventila, disponiendo su remisión a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá.

Es más, en recientes proveídos de la Sala de Casación Laboral de nuestro Máximo Órgano de Cierre, se estableció que el conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el plan de beneficios de salud (PBS), corresponde a los jueces contencioso administrativos, en virtud de los factores subjetivo y funcional y de lo dispuesto en el inc. 1.º del art. 104 de la Ley 1437 de 2011, al margen de que la accionada sea la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social - ADRES, siempre y cuando, en estos casos, la demandada se trate de una entidad pública, pues la decisión de reconocer o no el pago de las obligaciones por concepto de recobro, subyace de una actuación de la administración (CSJ AL4549 y AL4122 ambos de 2022).

De igual forma, en autos A-389, A-794, A-1038, A-1052 y A1112 todos del año 2021 proferidos por la Corte Constitucional, y en el primero se trajo a colación entre otras providencias las sentencias 25000-23-26-000-2010-00281-01(45650) del 3 de abril de 2020 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, C-383-2020 y C-162 de 2021 de constitucionalidad del Decreto Legislativo 800 de 2020 y la Ley 1949 de 2019, de ahí que dicha Colegiatura, concluyó por una parte, que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social, porque tal procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio (tratamiento o suministro de insumos excluido del PBS), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela, y por ende, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación y resuelve un desequilibrio económico entre el Estado y una EPS, por haber asumido esta última, obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir, sin que intervengan en modo alguno afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores, como lo prevé el art. 622 del CGP, que modificó el num. 4º del art. 2º del CPTSS; pues constituye una garantía a favor de las EPS, con la finalidad de que estas puedan reclamar el reembolso de los servicios y tecnologías prestados (art. 3.13 de la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social).

Frente a este último tema, el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, previó lo siguiente: *“las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del*

*hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”.*

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

*“ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:*

*Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.*

*PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.*

*(...)”*

Adicionalmente, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, reguló la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite:

*“TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando este sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.*

*“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud. Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas. Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.*

La normativa descrita, especialmente lo preceptuado en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 (que modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002), que contempla la caducidad de la acción en 2 años, conducía a considerar que este tipo de

asuntos se tramitaban bajo la égida de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, entendimiento que incluso es posible advertir de la técnica argumentativa con la que se presentaban las demandadas, la que se asociaba a la utilizada en la referida jurisdicción, lo que generó la presentación de diversos conflictos de competencia en casos como el analizado, en donde al ser el asunto asignado a esta jurisdicción (laboral), se consideraba que el mismo debía someterse al trámite contemplado en nuestros estatutos procesales y sustantivos y por ello en estos casos por ejemplo se aplicó la prescripción trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, conforme lo argumenta el apelante.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante el Auto 389 del 22 de julio de 2021, definió la competencia judicial para tramitar los asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS (hoy PBS) y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSS, reiterando en Auto 744 de 2021, lo siguiente:

“(...)

*10. Según lo resuelto en el Auto 389 de 2021, la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSS recae en los jueces contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES.*

*11. Este tipo de controversias no corresponden a las previstas en el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social[16], en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores.”*

Así las cosas, lo primero que ha de señalar es que no fue objeto de controversia la prestación de servicios de Terapias ABA de la EPS – S SALUD TOTAL en favor de sus afiliados y/o beneficiarios en cumplimiento de órdenes de tutela, los cuales fueron objeto de recobro ante el FOSYGA, hoy ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad.

Con arreglo a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política es deber del Estado garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos propósitos la Ley 100 de 1993 definió el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo, para el

efecto creó el régimen contributivo y el régimen subsidiado de salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber: plan obligatorio de salud – POS hoy denominado plan de beneficios en salud (PBS), financiado con la unidad de pago por capitación (UPC). Así mismo, la ley dispuso la creación de las entidades promotoras de salud (EPS), responsables de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y de garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados. También la creación de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), encargadas de prestar a los afiliados el plan de beneficios en salud (PBS) (Ley 100 de 1993 artículos 156,157, 159, 177, 178, 179, 181, 183, 185, artículo 14 de la Ley 1122 de 2007).

Así las cosas, se dará aplicación al término de caducidad contemplado en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 (que modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002), conforme se ha explicado a lo largo de ésta providencia.

Conforme lo expuesto, se procedió a revisar cada una de las 167 facturas con el fin de revisar si se configuraba la caducidad respecto de cada una de ellas, observando lo siguiente:

No.	Factura	Fecha prestación servicio	Fecha radicación MYT 01 Y 02	Fecha notificación glosa MYT 01 y 02	Presentación demanda	CADUCIDAD
1	25808192	2013-02-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
2	25808220	2013-02-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
3	25808221	2013-02-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
4	25808223	2013-02-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
5	25808233	2013-02-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
6	25808278	2013-01-08	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
7	25808281	2013-01-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
8	25822227	2013-02-01	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
9	25822294	2013-02-01	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
10	25822295	2013-02-01	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
11	25822645	2013-01-09	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
12	25822647	2013-01-02	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
13	25822776	2013-02-01	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
14	25822777	2013-02-01	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
15	54964836	2012-08-27	13/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
16	54998713	2012-10-01	13/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
17	55032904	2013-01-01	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
18	55033228	2012-12-27	14/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
19	55065111	2013-02-01	17/06/13	16/08/13	22-Abr-15	NO
20	25056099	2012-04-02	6/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
21	51543084	2012-03-01	11/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
22	51543085	2012-03-01	11/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
23	51596761	2011-07-26	13/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI

24	51454833	2012-04-01	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
25	25047395	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
26	25047399	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
27	25047403	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
28	25047406	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
29	25047414	2012-01-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
30	25047419	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
31	25047420	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
32	25047422	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
33	25047424	2012-04-02	3/07/12	23/10/12	22-Abr-15	SI
34	25644198	2012-11-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
35	25644212	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
36	25644213	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
37	25644215	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
38	25644237	2012-12-14	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
39	25644261	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
40	25644264	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
41	25644269	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
42	25644270	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
43	25644271	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
44	25644283	2012-12-01	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
45	25644315	2012-12-31	8/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
46	25655987	2012-12-01	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
47	25655990	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
48	25655991	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
49	25655992	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
50	25655993	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
51	25655995	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
52	25655996	2012-12-01	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
53	25655997	2012-12-01	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
54	25656012	2012-11-02	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
55	25656013	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
56	25656014	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
57	25656015	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
58	25656016	2012-12-03	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
59	25656079	2012-12-22	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
60	25656080	2012-12-22	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
61	25656081	2012-12-22	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
62	25656083	2012-12-01	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
63	25656084	2012-12-01	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
64	25656091	2012-12-22	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
65	25671167	2012-12-01	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
66	25671173	2012-10-01	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
67	25671239	2013-01-08	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
68	25671243	2013-01-01	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
69	25671250	2013-01-08	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
70	25671251	2013-01-01	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
71	54385096	2012-12-13	11/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
72	54400256	2013-01-01	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
73	54423175	2013-01-01	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
74	54423235	2013-01-14	12/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
75	54463463	2012-12-01	15/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO

76	54463632	2012-08-04	15/04/13	20/06/13	22-Abr-15	NO
77	25719806	2013-01-03	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
78	25719807	2013-01-03	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
79	25719808	2013-01-03	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
80	25719811	2013-01-03	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
81	25719812	2013-01-08	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
82	25719821	2012-12-01	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
83	25719827	2013-01-02	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
84	25720893	2013-01-01	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
85	25746253	2012-11-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
86	25746254	2012-11-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
87	25746255	2012-11-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
88	25746256	2012-11-15	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
89	25746257	2012-08-11	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
90	25746260	2012-11-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
91	25746287	2012-11-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
92	25746288	2012-11-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
93	25746322	2013-01-08	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
94	25746323	2013-01-15	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
95	25746324	2013-01-02	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
96	25746345	2013-01-02	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
97	25746346	2013-01-08	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
98	25746461	2013-01-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
99	25746462	2013-01-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
100	25759212	2013-01-11	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
101	25759213	2013-01-02	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
102	25759214	2013-01-14	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
103	25759215	2013-01-14	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
104	25759227	2013-01-02	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
105	54648454	2013-01-02	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
106	54649722	2013-01-14	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
107	54649829	2012-09-08	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
108	54650556	2013-01-17	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
109	54650557	2012-12-17	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
110	54650571	2013-01-01	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
111	54650607	2013-01-02	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
112	54651384	2013-01-17	10/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
113	54714618	2012-10-05	14/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
114	54715613	2013-01-13	14/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
115	54748354	2012-03-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
116	54748573	2012-08-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
117	54750803	2013-02-01	15/05/13	22/07/13	22-Abr-15	NO
118	54206952	2013-01-01	15/03/13	22/05/13	22-Abr-15	NO
119	54206992	2012-11-13	15/03/13	22/05/13	22-Abr-15	NO
120	55944488	2013-04-15	10/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
121	55944489	2013-05-02	10/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
122	56008558	2013-04-30	12/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
123	56009029	2013-05-08	12/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
124	56069825	2013-05-01	13/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
125	56069826	2013-05-01	13/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
126	56192419	2012-09-14	16/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
127	56192427	2013-01-22	16/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO

128	56192429	2012-10-01	16/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
129	56192435	2013-02-01	16/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
130	56192455	2013-02-01	16/09/13	22/11/13	22-Abr-15	NO
131	56432763	2013-06-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
132	56433215	2012-10-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
133	56433337	2013-02-07	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
134	56434227	2013-04-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
135	56434372	2013-04-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
136	56434415	2013-05-14	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
137	56434491	2013-02-15	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
138	56434548	2013-02-06	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
139	56434549	2013-02-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
140	56434551	2013-02-13	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
141	56434554	2013-03-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
142	56434556	2013-01-26	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
143	56434559	2013-02-05	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
144	56434560	2013-03-04	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
145	56434568	2012-10-18	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
146	56434569	2013-03-15	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
147	56434571	2013-03-07	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
148	56434572	2013-02-08	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
149	56434604	2013-03-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
150	56436526	2013-05-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
151	56436527	2013-06-01	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
152	56436673	2013-05-02	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
153	56438027	2013-02-27	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
154	56438101	2013-04-30	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
155	56438485	2013-04-15	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
156	56438493	2013-03-26	10/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
157	56505021	2013-06-01	11/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
158	56505035	2013-03-01	11/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
159	56505036	2013-03-01	11/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
160	56507279	2013-04-01	11/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
161	56508075	2013-06-01	11/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
162	56603237	2013-07-01	15/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
163	56603265	2013-07-02	15/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
164	56603361	2013-07-02	15/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
165	56604901	2012-12-01	15/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
166	56605353	2013-05-14	15/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO
167	56616759	2013-02-02	15/10/13	19/12/13	22-Abr-15	NO

Así las cosas, se puede concluir que desde la **fecha de notificación de la glosa**, y la **presentación de la demanda**, las Facturas 25056099, 51543084, 51543085, 51596761, 51454833, 25047395, 25047399, 25047403, 25047406, 25047414, 25047419, 25047420, 25047422 y 25047424 se encuentran afectadas por el fenómeno de caducidad, pues se reitera, transcurrió más de dos años desde la fecha de notificación de la glosa y la presentación de la demanda, frente a lo cual, se excluyen de la eventual condena que se imponga en ésta instancia.

**De la procedencia del recobro respecto de terapias ABA (sigla en inglés de Applied Behavior Analysis o Análisis Conductual Aplicado):**

Sobre este tópico conviene precisar que las llamadas terapias ABA son un conjunto de actividades tendientes a realizar una intervención en el comportamiento enfocado a educar y capacitar al individuo al entorno y así revertir el aislamiento incapacitante y lograr la sanación del paciente.

Dispone el artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, en su numeral 13 que se encuentran expresamente excluidas del POS, las *“Tecnologías en salud de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas”*. De otra parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, en Resolución n.º 4251 del 13 de diciembre de 2012 explicó que la terapia ABA refiere a *“un programa para pacientes con diagnóstico de autismo, el cual contiene intervenciones, actividades y procedimientos de salud y educación”* y que, en consecuencia, *“el POS cubre la parte del programa correspondiente a salud. Lo relacionado con el sector de educación no se cubre”*, reiteró su disposición en Resoluciones n.º 3778 de 2013, n.º 5521 de 2013 artículos 129 y 130.

Ahora, de conformidad con el artículo 5º de la ley 1751 de 2015 corresponde al Estado *“Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales”*. Igualmente, *“Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas”*. El artículo 8º ídem, por su parte, dispuso que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa (Principio de integralidad) para prevenir, paliar o curar la enfermedad.”* No obstante, la misma ley estableció, en su artículo 15, que los recursos públicos de la Salud no podrán destinarse a financiar servicios o tecnologías en los que *“no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica”*.

Conviene precisar que la H. Corte Constitucional ha reconocido el acceso de personas en condición de discapacidad a terapias alternativas al POS a las que se viene haciendo referencia: neurodesarrollo, musicoterapia, hipo terapia, acuaterapia, comportamental, entre otras en atención al principio de integralidad en la prestación del servicio de salud y a *“la importancia de tales tratamientos para las personas con limitaciones cognitivas debido a sus bondades en términos de su rehabilitación”*, permitiendo en esos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social por el valor de los gastos en los

que se haya incurrido en el suministro de servicios excluidos del POS (T-864 de 2012, T-466 de 2013, T-105 de 2014).

Bajo este panorama es claro que aunque las terapias con componente educativo están excluidas por la ley del plan de beneficios, ello no es óbice, para negar la prestación del servicio, pues las mismas están dirigidas a mantener y mejorar el desarrollo físico y mental de menores que sufren ciertas patologías que merecen atención especial y por ende a preservar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y la salud que son amparados por vía de tutela siempre que concurren los requisitos jurisprudenciales previstos para inaplicar el POS, es dado su reconocimiento por vía judicial.

En este orden, el procedimiento recobrado por la EPS demandante corresponde a TERAPIAS ABA, conjunto de actividades tendientes a revertir el aislamiento incapacitante y lograr la sanación del paciente que padece de trastorno del espectro autista, buscando que se integre facilitando su inclusión social y escolar, según se colige del concepto del Ministerio de Salud y Protección Social<sup>2</sup>, el artículo publicado el 26 de noviembre de 2013 en diario El Tiempo<sup>3</sup> y, la investigación de la Universidad Nacional<sup>4</sup>.

En adición a lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social ha indicado que las terapias ABA aprovechan la metodología que emplea los principios del análisis experimental de comportamiento, utilizadas fundamentalmente en el ámbito educativo con el propósito de optimizar procesos de aprendizaje escolares o comportamentales, por ello, están excluidas del POS, no obstante, la terapia ABA contiene intervenciones, actividades y procedimientos de salud y educación, **siendo reconocidas con la unidad de pago por capitación – UPC**, las correspondientes a salud, pero, el componente educativo no tiene fuente de pago en el POS.

Siendo ello así, las terapias ABA son un tratamiento integral para quienes padecen autismo cuya finalidad es revertir el aislamiento incapacitante y lograr la sanación del paciente; terapia que está compuesta por varias actividades - como son acondicionamiento conductual, equino terapia, hidroterapia, atención integral en educación especial, terapia comportamental combinada, de neurodesarrollo, músico terapia, animal terapia y, tratamiento con educación especial, entre otras.

Ahora, con arreglo a los Acuerdos 08 de 2009 y 029 de 2011, las terapias ABA no son parte del Plan Obligatorio de Salud – POS para 2013, anualidad en que se prestaron los servicios objeto de recobro, además, como el tratamiento fue integral

<sup>2</sup> <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/abc-terapias-aba.pdf>

<sup>3</sup> Folios 282 a 284.

<sup>4</sup> Folios 239 a 247.

y se compone de varias actividades se analizará si en el recobro éstas se especificaron, para determinar el pago de cada factura o si fueron subsidiadas con la UPC.

Finalmente, cabe precisar, que en términos de la Sentencia T – 760 de 2008, la salud es *“un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona. En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva”*, es decir, incluye también lo social y no se limita solo al plano físico y mental, por ello, las terapias de educación especial, habilidades conductuales, animal terapia, acuaterapia, musicoterapia y ocupacional, que complementan el tratamiento integral del niño autista para que se integre a la sociedad, facilitando su comunicación, son parte del sistema de salud y son susceptibles de recobro.

Ahora bien, si bien es cierto no proceden las glosas por error en los cálculos de recobro, en tanto, el valor total del recobro corresponde a la suma unitaria de cada terapia practicada según la historia clínica, la autorización por servicios y, la factura cancelada; lo cierto es que de la totalidad de facturas aquí condenadas, coincide el valor de recobro, correspondiente al asuma unitaria, cumpliendo este requisito establecido en las Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013.

Por otro lado, la EPS-S demandante en estricto cumplimiento de diferentes fallos de tutela debió darle estricto cumplimiento a la orden allí impartida, pues en el evento en que no se cumpliera, podría incurrir en un delito, o incluso en fraude procesal o en un desacato ante una orden de tutela, por lo que al no estar incluidos en POS, procede el recobro de éstos conceptos.

Ahora, se procede a detallar cada una de las facturas que fueron recobradas y glosadas por parte de la accionada, como quiera que fueron rechazadas en el trámite de auditoria integral realizado por el ente auditor FOSYGA, conforme informa el ADRES en su contestación de la demanda, sin que por tanto informara la causal de la glosa invocada en cada una de ellas, en tanto que se limita a señalar que 51 glosas fueron devueltas por cuanto los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA, sin individualizar cada una de ellas, mientras que 9 facturas fueron glosadas por cuanto el recobro es objeto de investigación por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes, de nueva cuenta, sin que se individualice cada una de ellas. Así mismo, indica que no le consta que la cobertura del servicio a los usuarios relacionados en la demanda objeto de recobro, fueron resultado de órdenes judiciales impartidas a través de tutela o comité técnico científico.

En ese orden de ideas, la glosa que refiere la accionada, respecto que los valores objeto de recobro ya fueron cancelados, surge improcedente, en tanto que, la demandada incumplió la carga de demostrar qué actividades de las TERAPIAS ABA fueron recibidas por cada paciente, cuales recobros condenados se indicaron que se prestaron las terapias integrales ABA, incluyendo aspectos médicos, indicando de manera general que se trataba de prestar “consulta de clínica atencional”, tratamiento que como se refirió no hace parte del POS, **procediendo su recobro**, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el Dictamen Pericial allegado al plenario relación cada una de las facturas, con el nombre del usuario o beneficiario, valor de las mismas y por orden de quien se procedió a prestar su servicio, el cual no se encontraba en el POS, cumple a cabalidad los requisitos establecidos en las Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013, como se pasa a ver a continuación:

No.	Factura	USUARIO	SERVICIO	VALOR	CONCEPTO PERICIAL
1	25808192	CALDERON CELY CARRIE STEFANIA	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.757.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
2	25808220	OROZCO CABRA MARTIN ESTEBAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.797.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
3	25808221	MENDOZA BERMUDEZ ORLANDO LUIS	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.800.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
4	25808223	GARRIDO TORRES FREDY JOSE	TERAPIA COMPORTAMENTAL	\$ 600.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
5	25808233	MEJIA CERVANTES LUIS ALBERTO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.776.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
6	25808278	PORTILLA ARAUJO ANGEL SANTIAGO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.250.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
7	25808281	CAICEDO POTES GERSON ANDRES	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.897.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
8	25822227	RODRIGUEZ QUIROGA JUAN SEBSTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 6.517.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
9	25822294	GRANADOS MONTEALEGRE MATEO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.700.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
10	25822295	BONILLA QUINTERO JESUS SANTIAGO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.376.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
11	25822645	URREGO SERNA PEDRO MARIO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.476.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
12	25822647	CALDERON CELY CARRIE STEFANIA	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.757.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
13	25822776	VEGA PERDOMO ANDRES FELIPE	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.860.900	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
14	25822777	CHINCILLA BEJARANO MIGUEL ANGEL	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.741.268	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
15	54964836	MUNOZ RAMIREZ SARAY	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.997.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

16	54998713	BELTRAN CANDIL CAMILA	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 491.400	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
17	55032904	PASCUA GUERRA JUAN ESTEBAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 181.253	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
18	55033228	DURAN CABALLERO MELISSA	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
19	55065111	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.019.224	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
34	25644198	ARCE LLACH SEBASTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.477.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
35	25644212	MELO PACHECO MIGUEL ANGEL	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.466.110	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
36	25644213	RODRIGUEZ QUIROGA JUAN SEBASTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 6.517.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
37	25644215	LEGUIZAMON BARRETO DANIEL FELIPE	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 7.450.124	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
38	25644237	MELLENDEZ BUITRAGO JUAN SEBASTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 6.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
39	25644261	PAVIA VELASCO MARTIN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.177.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
40	25644264	ACCORSI AGUDELO GERARDO ANTONIO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.791.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
41	25644269	BONILLA ESCOBAR JESUS DAVID	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.977.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
42	25644270	CASTRO ZAMBRANO MARIA ANGEL	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 7.200.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
43	25644271	CAICEDO POTES GERSON ANDRES	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.591.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
44	25644283	GRANADOS MONTEALEGRE MATEO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.757.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
45	25644315	BONILLA QUINTERO JESUS SANTIAGO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.264.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
46	25655987	MEJIA CERVANTES LUIS ALBERTO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.777.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
47	25655990	KALIL ROMERO SILVIA DEL PILAR	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.597.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
48	25655991	TORRES PUELLO DALYS ROSA	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.602.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
49	25655992	MARTINEZ ROJAS JUAN SEBASTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.997.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
50	25655993	LONDONO TORRES RICARDO RAFAEL	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.997.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
51	25655995	QUINTERO BARRIOS LUIS ALEJANDRO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.042.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
52	25655996	GARCIA ARIAS RAUL ENRIQUE	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 6.452.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
53	25655997	RIPOLL TRIANA DAVID ANTONIO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.527.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

54	25656012	URIBE SALAZAR JUAN SEBASTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 2.377.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
55	25656013	ARCE LLACH SEBASTIAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.127.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
56	25656014	MARTINEZ LUGO ANDRES FELIPE	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 4.177.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
57	25656015	ARAUJO YAMIN CESAR AUGUSTO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.252.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
58	25656016	URREGO SERNA PEDRO MARIO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.302.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
59	25656079	BARRIOS RODRIGUEZ MIGUEL ANGEL	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.411.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
60	25656080	ACUNA BUENO ALINA MARCELA	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 5.397.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
61	25656081	OSPINO SIERRA NICOLLE ESTEFANY	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.597.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
62	25656083	MARTINEZ GOMEZ CARLOS	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 3.200.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
63	25656084	MENDOZA BERMUDEZ ORLANDO LUIS	TERAPIA ABA	\$ 4.797.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
64	25656091	DE CASTRO SEGRERA MANUEL EDUARDO	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 3.231.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
65	25671167	MATTOS RIVERA DAVID MAURICIO	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 2.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
66	25671173	URIBE SALAZAR JUAN SEBASTIAN	TERAPIA ABA	\$ 2.577.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
67	25671239	LOPEZ JARAMILLO CARLOS ANDRES	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 240.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
68	25671243	RODRIGUEZ QUIROGA JUAN SEBASTIAN	TRATAMIENTO TERAPEUTICO DE APRENDIZAJE INTEGRAL TIPO ABA	\$ 6.515.400	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
69	25671250	RESTREPO TOVAR JUAN DAVID	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 540.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
70	25671251	LEGUIZAMON BARRETO DANIEL FELIPE	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL TIPO ABA	\$ 7.447.724	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
71	54385096	RUEDA BACCA JUAN ANGEL	TERAPIA INTEGRAL DE REHABILITACION ABA	\$ 2.337.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
72	54400256	RIOS AVELLANEDA JULIAN ANDRES	TERAPIA INTGERAL DE NEURODESARROLLO TIPO ABA	\$ 5.406.588	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
73	54423175	CANCINO MONTES ARTURO EMILIO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DE ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO TERAPIA ABA	\$ 5.821.060	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
74	54423235	TSUCHIYA AGUDELO JESSICA VALERIA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DEL COMPORTAMIENTO ABA	\$ 1.761.724	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

75	54463463	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL ABA PARA RETRASO DEL DESARROLLO DEL LENGUAJE DEL NIÑO	\$ 4.529.844	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
76	54463632	PORRAS PEREZ ANDRES FELIPE	TECNICA COMPORTAMENTAL METOLOGIA TIPO ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
77	25719806	ACUNA BUENO ALINA MARCELA	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 5.397.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
78	25719807	OSPINO SIERRA NICOLLE ESTEFANI	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 3.597.668	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
79	25719808	BARRIOS RODRIGUEZ MIGUEL ANGEL	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 3.419.420	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
80	25719811	DE CASTRO SEGRERA MANUEL EDUARDO	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 4.790.900	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
81	25719812	KALIL ROMERO SILVIA DEL PILAR	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 3.567.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
82	25719821	URIBE SALAZAR JUAN SEBASTIAN	TERAPIA ABA	\$ 1.377.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
83	25719827	MEJIA CERVANTES LUIS ALBERTO	TERAPIA COMPORTAMENTAL	\$ 4.976.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
84	25720893	MELO PACHECO MIGUEL ANGEL	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DESDE EL ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 3.441.310	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
85	25746253	MARTINEZ GOMEZ CARLOS	TERAPIA ABA	\$ 4.791.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
86	25746254	MEJIA CERVANTES LUIS ALBERTO	TERAPIA ABA	\$ 4.777.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
87	25746255	MATTOS RIVERA DAVID MAURICIO	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 1.991.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
88	25746256	CAICEDO POTES GERSON ANDRES	TERAPIA ABA	\$ 2.091.300	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
89	25746257	VELASCO PAVIA MARTIN	TERAPIA ABA	\$ 8.377.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
90	25746260	PAVIA VELASCO MARTIN	TERAPIA ABA	\$ 4.777.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
91	25746287	REALES RODRIGUEZ EFRAIN RICARDO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 800.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
92	25746288	REALES RODRIGUEZ EFRAIN RICARDO	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 800.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
93	25746322	RIPOLL TRIANA DAVID ANTONIO	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	\$ 4.652.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
94	25746323	ARCE LLACH SEBASTIAN	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	\$ 2.671.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
95	25746324	GARCIA ARIAS RAUL ENRIQUE	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	\$ 6.696.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
96	25746345	ARAUJO YAMIN CESAR AUGUSTO	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	\$ 4.197.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

97	25746346	QUINTERO BARRIOS LUIS ALEJANDRO	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	\$ 4.127.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
98	25746461	GRANADOS MONTEALEGRE MATEO	TERAPIA ABA	\$ 5.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
99	25746462	BONILLA QUINTERO JESUS SANTIAGO	TERAPIA ABA	\$ 5.597.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
100	25759212	MARTINEZ GOMEZ CARLOS	TERAPIA ABA	\$ 3.400.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
101	25759213	ROJAS MARTINEZ JUAN SEBASTIAN	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
102	25759214	TORRES PUELLO DALYS ROSA	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 2.726.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
103	25759215	GONZALEZ BARRAZA ANDRES FELIPE	TERAPIAS COGNITIVO COMPORTAMENTAL TIPO ABA	\$ 1.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
104	25759227	MENDOZA BERMUDEZ ORLANDO LUIS	TERAPIA ABA	\$ 5.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
105	54648454	CANO MARTINEZ CAMILO JOSE	TERAPIAS INTEGRALES ABA	\$ 1.665.900	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
106	54649722	RUEDA BACCA JUAN ANGEL	TERAPIA ABA	\$ 1.872.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
107	54649829	PORRAS PEREZ ANDRES FELIPE	TECNICA COMPORTAMENTAL METOLOGICA TIPO ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
108	54650556	ARAGON REDONDO CARLOS IVAN	TERAPIAS ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
109	54650557	MUÑOZ DIAZ CARLOS DAVID	HORAS TERAPIA DE REHABILITACION ABA PAR AUTISMO	\$ 2.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
110	54650571	MAFIOLI VELASQUEZ FIORELLA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DE ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO TERAPIA ABA	\$ 3.309.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
111	54650607	REYES VILLABONA JULIAN JOSEPH	MANEJO INTEGRAL TIPO ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
112	54651384	PORRAS PEREZ ANDRES FELIPE	MANEJO CON TECNICA COMPORTAMENTAL TIPO ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
113	54714618	REYES VILLABONA JULIAN JOSEPH	MANEJO INTEGRAL PERSONALIZADO TERAPIA ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
114	54715613	MONCALEANO CAMARGO MARIO ANDRES	TRATAMIENTO TERAPEUTICO ABA	\$ 6.472.900	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
115	54748354	PORRAS PEREZ ANDRES FELIPE	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO ABA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
116	54748573	MAFIOLI VELASQUEZ FIORELLA	TERAPIA COMPARTIMENTAL TIPO ABA	\$ 3.861.800	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
117	54750803	MAFIOLI VELASQUEZ FIORELLA	TERAPIA DE COMPORTAMIENTO ABA	\$ 3.677.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
118	54206952	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO ABA PARA RETRASO DEL	\$ 3.653.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

			DEL DESARROLLO DEL LENGUAJE		
119	54206992	MUNOZ DIAZ CARLOS DAVID	HORAS DE TERAPIAS ABA	\$ 2.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
120	55944488	DURAN CABALLERO MELISSA	TERAPIA ABA 8 HORAS DIA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
121	55944489	REYES VILLABONA JULIAN JOSEPH	TERAPIA ABA 8 HORAS DIA	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
122	56008558	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL ABA	\$ 4.171.168	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
123	56009029	ARAGON REDONDO CARLOS IVAN	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	\$ 567.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
124	56069825	ROLL OLIVEIRA ANDRE	TRATAMIENTO CONDUCTUAL DE APRENDIZAJE INTEGRAL TIPO ABA PARA AUTISMO	\$ 6.382.656	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
125	56069826	TSUCHIYA AGUDELO JESSICA VALERIA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL EL ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO (ABA)	\$ 7.142.496	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
126	56192419	MUNOZ DIAZ CARLOS DAVID	TERAPIAS INTEGRALES A.B.A	\$ 1.862.529	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
127	56192427	ROLL OLIVEIRA ANDRE	TRATAMIENTO CONDUCTUAL DE APRENDIZAJE TIPO ABA PARA AUTISMO	\$ 4.347.189	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
128	56192429	CANCINO MONTES ARTURO EMILIO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO TIPO ABA PARA RETARDO GLOBAL DEL NEURODESARROLLO	\$ 6.852.728	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
129	56192435	CANO MARTINEZ CAMILO JOSE	TERAPIA ABA	\$ 2.490.900	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
130	56192455	MARTINEZ ROJAS FRANCISCO JAVIER	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 3.264.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
131	56432763	TSUCHIYA AGUDELO JESSICA VALERIA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DE ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 6.956.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
132	56433215	MAFIOLI VELASQUEZ FIORELLA	TERAPIA COMPARTIMENTAL TIPO ABA	\$ 4.034.253	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
133	56433337	BERNAL BUSTOS DAVID SANTIAGO	PROGRAMA DE EDUCACION Y TRATAMIENTO ESPECIAL PARA PACIENTE CON AUTISMO	\$ 1.224.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
134	56434227	CAICEDO NARVAEZ JAIME ALEJANDRO	PROGRAMACION DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS A.B.A Y EQUINOTERAPIA	\$ 2.985.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
135	56434372	CARRILLO TORRES ALBERTO MARIO	SERVICIO EN SALUD Y ESTUDIO NO FORMAL TERAPIAS	\$ 2.400.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

			COMPORTAMENTALES TIPO ABA		
136	56434415	PORRAS PEREZ ANDRES FELIPE	MANEJO CON TECNICA COMPORTAMENTAL CON METODOLOGIA TIPO ABA	\$ 2.976.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
137	56434491	RUEDA BACCA JUAN ANGEL	TERAPIA ABA	\$ 1.875.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
138	56434548	HERNANDEZ MOROS DAMIAN	TERAPIA COMPORTAMIENTO ABA 4 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 1.476.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
139	56434549	CANCINO MONTES ARTURO EMILIO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO TIPO ABA PARA RETARDO GLOBAL DEL NEURODESARROLLO	\$ 6.843.928	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
140	56434551	MENDOZA BURGOS MONICA NATALIA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DE ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO TERAPIA ABA	\$ 4.644.049	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
141	56434554	CAICEDO NARVAEZ JAIME ALEJANDRO	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	\$ 2.985.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
142	56434556	DURAN CABALLERO MELISSA	TERAPIA ABA 8 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 2.847.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
143	56434559	REYES VILLABONA JULIAN JOSEPH	TERAPIA ABA 8 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 2.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
144	56434560	CARRERO ARIZA BRAYAN STEVEN	TERAPIA ABA DE LUNES A VIERNES 8 HORAS DIARIAS	\$ 3.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
145	56434568	CARRERO ARIZA BRAYAN STEVEN	TERAPIA ABA DE LUNES A VIERNES 8 HORAS DIARIAS	\$ 2.834.053	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
146	56434569	RUEDA BACCA JUAN ANGEL	TERAPIA ABA 5 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 1.872.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
147	56434571	PORRAS PEREZ ANDRES FELIPE	MANEJO CON TECNICA COMPORTAMENTAL METOLOGIA TIPO ABA 8 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 2.826.100	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
148	56434572	MUÑOZ RAMIREZ SARAY	TERAPIAS TECNICA ABA 8 HORAS AL DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 2.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
149	56434604	MEDINA VELEZ MARIA DANIELA	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	\$ 2.985.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
150	56436526	CANCINO MONTES ARTURO EMILIO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO TIPO ABA RETARDADO GLOBAL NEURODESARROLLO	\$ 7.210.528	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
151	56436527	CANCINO MONTES ARTURO EMILIO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO TIPO ABA	\$ 7.084.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
152	56436673	CANO MARTINEZ CAMILO JOSE	TERAPIA ABA	\$ 2.490.900	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO

153	56438027	DURAN CABALLERO MELISSA	TERAPIA ABA 8 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 2.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
154	56438101	CANCINO MONTES ARTURO EMILIO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO TIPO ABA PARA RETARDO GLOBAL DEL NEURODESARROLLO	\$ 7.210.528	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
155	56438485	RUEDA BACCA JUAN ANGEL	TERAPIA ABA	\$ 1.872.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
156	56438493	DURAN CABALLERO MELISSA	TERAPIA ABA	\$ 2.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
157	56505021	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DE ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	\$ 4.288.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
158	56505035	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL ABA PARA RETRASO DEL DESARROLLO DEL LENGUAJES AL NINO	\$ 4.171.168	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
159	56505036	MENDOZA BURGOS MONICA NATALIA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL DE ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO TERAPIA ABA	\$ 7.458.832	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
160	56507279	REYES VILLABONA JULIAN JOSEPH	TERAPIA ABA 8 HORAS DIA DE LUNES A VIERNES	\$ 2.997.700	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
161	56508075	MAFIOLI VELASQUEZ FIORELLA	TERAPIA DE COMPORTAMIENTO ABBA	\$ 3.378.240	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
162	56603237	MONCALEANO CAMARGO MARIO ANDRES	TRATAMIENTO TERAPEUTICO TIPO ABA	\$ 6.842.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
163	56603265	MENDOZA BURGOS MONICA NATALIA	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL ABA	\$ 7.288.208	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
164	56603361	BUITRAGO VILLAMIZAR JUAN PABLO	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL ABA	\$ 4.288.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
165	56604901	CARRILLO TORRES ALBERTO MARIO	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	\$ 2.010.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
166	56605353	MUÑOZ DIAZ CARLOS DAVID	TERAPIAS INTEGRALES A.B.A	\$ 4.000.000	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
167	56616759	MAFIOLI VELASQUEZ FIORELLA	TERAPIA DE COMPORTAMIENTO ABBA	\$ 3.941.280	FALLO TUTELA - SERVICIO NO POS RECOBRADO
<b>TOTAL</b>				\$ 589.632.150	

Conforme lo anterior, al revisar el robusto material probatorio que obra dentro del plenario, no se logra determinar que efectivamente hayan sido canceladas las facturas anteriormente relacionadas, tan solo se limita la accionada en indicar que las mismas fueron glosadas, y que por tanto no fueron aprobadas para su cancelación, así como del Dictamen Pericial AGS 2019.325.1193DPVF.TERAPIAS

ABA mediante el cual no avizora alguna observación de que hayan sido canceladas, conforme la documentación remitida para realizar dicho Dictamen.

Así las cosas, no queda otro camino que **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS la suma de \$589.632.150 por concepto de facturas anteriormente detalladas e individualizadas.

#### **INTERESES MORATORIOS:**

El Art. 1 de la Ley 776 de 2002, por la cual se dictan normas sobre la Organización, Administración y Prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, indica:

***“ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

*PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

*Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.*

*Para enfermedad profesional en el caso de que el trabajador se encuentre desvinculado del Sistema de Riesgos Profesionales, y la enfermedad sea calificada como profesional, deberá asumir las prestaciones la última administradora de riesgos a la cual estuvo vinculado, siempre y cuando el origen de la enfermedad pueda imputarse al período en el que estuvo cubierto por ese Sistema.*

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*

**Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos**

**profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.**  
(...).”

Por su parte, el artículo 24 Decreto 4747 de 2007 que indica:

**“ARTICULO 24. Reconocimiento de intereses.** *En el evento de las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador del servicio tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del decreto ley 1281 del 2002.*”

Por otro lado, el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, establece:

**“ARTÍCULO 7o. TRÁMITE DE LAS CUENTAS PRESENTADAS POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD.** *Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.*

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

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

**Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.**”

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

**“ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA.**  
*El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:*

**Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.**

*PARÁGRAFO 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagara todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.*

(...)"

Teniendo en cuenta que la entidad demandada omitió el pago de las facturas a las cuales tenía derecho la EPS demandante, procede el pago de intereses moratorios solicitados, los cuales de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4 del decreto ley 1281 del 2002 se liquida a la tasa de interés moratoria establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se generan con posterioridad a los 30 días calendario siguientes a la presentación de la factura por parte de la EPS.

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a la demandante EPS SANITAS intereses moratorios causados sobre los recobros referidos en el libelo introductorio, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrador por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2000, y que se generan con posterioridad a los 30 días siguientes a la presentación de cada factura por parte de la EPS ante la ARL, de acuerdo al artículo 24 de la Ley 1562 de 2012.

#### **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN – INDEMNIZACIONES SOLICITADAS:**

Finalmente, solicita el apelante que efectivamente hubo un daño, en consecuencia el perjuicio debe ser indemnizado a la EPS demandante, de lo cual se sugiere el 10% del costo del recobro, en atención a la cantidad de recobros que se están reclamando, por lo que genera una carga administrativa alta, como lo es de contratar a personal superior a la que tiene, todo ello genera un costo que conlleva a un detrimento patrimonial.

Conforme lo anterior, no es procedente su pago, como quiera que no se acreditó dentro del presente asunto el daño que indica el apelante, ni aportó una prueba siquiera sumaria que pruebe que efectivamente le causó un daño la entidad

demandada, razón por la cual se despacha desfavorablemente su súplica, se absuelve en lo demás.

**COSTAS:**

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar que las 167 facturas relacionadas en el libelo introductorio no se encuentran afectadas por el fenómeno de la caducidad.

**SEGUNDO: DECLARAR** que las Facturas No. 25056099, 51543084, 51543085, 51596761, 51454833, 25047395, 25047399, 25047403, 25047406, 25047414, 25047419, 25047420, 25047422 y 25047424 se encuentran afectadas por el fenómeno de caducidad.

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS la suma de \$589.632.150 por concepto de facturas anteriormente detalladas e individualizadas.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a la demandante EPS SANITAS intereses moratorios causados sobre los 167 recobros referidos en el libelo introductorio, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrador por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2000, y que se generan con posterioridad a los 30 días siguientes a la presentación de cada factura por parte de la EPS ante la ARL, de acuerdo al artículo 24 de la Ley 1562 de 2012.

**QUINTO:** **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

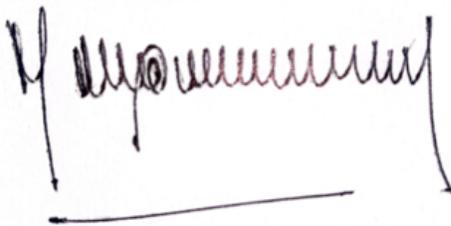
**SEXTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

**Magistrado**



**Salvo voto parcial**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Enlace expediente digital: [38-2016-00502-01](https://www.corteconstitucional.gub.ve.gov.ve/portal/38-2016-00502-01)

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral - Sentencia  
Demandante: EPS Sanitas  
Demandado: ADRES  
Radicación: 11001 31 05 038 2016 00106 01

Respetuosamente manifiesto, que me aparto parcialmente de la decisión tomada por la Sala, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el asunto de la referencia, en dos aspectos puntuales, la excepción de prescripción y los intereses moratorios.

Lo anterior, por cuanto considero que no debía darse aplicación al término de prescripción de 3 años, y no al de caducidad de 2 años como se hizo, en tanto que el trámite impartido es el de un proceso laboral, mas allá de que la competencia en estos asuntos haya sido definida por la Corte Constitucional en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que el conocimiento de este en particular, fue asignado a la jurisdicción ordinaria laboral; además, ello está en consonancia con decisiones del mismo Consejo de Estado, en las que se aplica el mismo término de 3 años de prescripción, por tratarse de facturas cambiarias, y es así como en la sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, precisó:

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, en mi sentir debe tenerse como interrupción del término de prescripción de 3 años, la presentación de la reclamación para el pago de las facturas en los formatos dispuestos para ello y su contabilización reiniciaría de nuevo una vez notificada la glosa efectuada por la entidad.

Y respecto a los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que el Decreto 1281 de 2002, “Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”, en su artículo 4° dispone 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”, y el inciso final del art. 7° prevé que “Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del

*régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*

A su vez, el Art. 13 del referido decreto estableció que, la cuenta de cobro al Fosyga debía ser presentada dentro de los 6 meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, norma que fue modificada por el art. 111 del Decreto 019 de 2012, en el que se previó un término máximo de un año, vigente a partir del 10 de enero de 2012, plazo que en mi consideración, debe tenerse en cuenta para efectos de establecer la procedencia de los intereses moratorios, así como el Capítulo II de la Resolución n.º 3099 de 2008 regula el procedimiento para efectuar recobros al Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no incluidos en el POS y fallos de tutela, y concretamente el Art. 13, que establece que el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto cuenta con el término de 2 meses para cancelar las sumas de dinero que sean recobradas por las EPS.

Hasta aquí las razones de mi salvamento de voto parcial.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **49332b0d916b07870d2ab644a43f8456f6d86c7ea2df9587593a7bccd626de85**

Documento generado en 31/03/2023 11:00:39 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 39-2021-00564-01**

Bogotá D.C., Marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: MARTHA CECILIA PERILLA MARQUEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/  
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado principal de la firma LOPEZ & ASOCIADOS a quien Porvenir SA otorgó poder general que se anexa, al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS CC.79985203 y TP 115849 del CSJ.

Las partes, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 2 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**MARTHA CECILIA PERILLA MARQUEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA, falto al deber de información en la afiliación de la demandante, y se debe declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, y que para todos los efectos jurídicos siempre estuvo afiliada al RPM.
- ORDENAR a PORVENIR SA la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, y devolución de los gastos de administración.
- ORDENAR a Colpensiones restaurar la afiliación de la demandante considerando que siempre estuvo vinculada en el RPM, recibir los aportes y rendimientos de Porvenir, actualizar la historia laboral.
- Que se condene a las demandas ultra y extrapetita y costas.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 8 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda Colpensiones y Porvenir SA en tiempo como consta en auto de mayo 31 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de julio de 2022: **DECLARÓ** que el traslado realizado por **MARTHA CECILIA PERILLA MARQUEZ**, del RPM al RAIS a través de Horizonte hoy AFP PORVENIR SA con efectividad 1 de diciembre de 1997 es ineficaz, y se debe entender que jamás se retiró del RPM, situación que se deduce de los demás traslados horizontales efectuados en el RAIS.

CONDENO a la AFP PORVENIR SA a que transfiera a Colpensiones todas las sumas de dinero que obran en las cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y el porcentaje que va asignado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

ORDENO a Colpensiones que reciba los dineros de que trata el numeral anterior, y reactive la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad.

Declaro no probadas las excepciones. Informo a Colpensiones que podrá acudir a acciones judiciales para obtener los eventuales perjuicios que se pueden causar por la ineficacia y con cargo a Porvenir SA.

Condeno en costas a Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando la revocatoria del fallo, pues considera que el traslado fue eficaz y valido, ya que no se acredita ningún vicio del consentimiento. El formulario de afiliación es un documento público valido de acuerdo a la ley, y contiene la exigencia contenida en el artículo 114 de la ley 100/93 como es que la selección de régimen fue libre, voluntaria y sin presiones. No es dable exigirle al fondo cargas distintas a las vigentes en el momento del traslado, pues se viola el debido proceso y la confianza legítima de Porvenir, pues el único documento requerido para la época era el formulario, solo hasta 2014 se exigían más requisitos de información al afiliado.

La demandante es una persona capaz de manifestar su voluntad y de obligarse, ya que legalmente la ignorancia en la ley no es excusa. No es procedente la devolución de los gastos de administración, pues no existe norma que lo indique, y estos gastos no forman parte del capital pensional, están regulados en la ley y devolverlos violaría el derecho a la igualdad. Sobre la indexación también es improcedente al ordenarse devolver los aportes con los rendimientos e intereses aplicando una doble sanción, ya que son excluyentes, y también en el RPM se destina un porcentaje para gastos de administración y seguros previsionales, y estos gastos están sujetos al fenómeno prescriptivo al no hacer parte de la pensión de vejez.

Solicita de confirmar la sentencia aplicar la compensación de los gastos de administración y seguros previsionales indexados, con los rendimientos financieros de los aportes.

COLPENSIONES. Solicita se revise la sentencia, ya que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 al faltarle menos de 10 años para llegar a la edad pensional. No se demostró ningún vicio del consentimiento como el error la fuerza o el dolo. Además en el interrogatorio de parte confeso que no se le ejerció ninguna coerción para vincularse al RAIS.

La demandante no era considerada incapaz para suscribir contratos, pues al momento de afiliarse era mayor de edad y plenamente capaz, no puede alegar desconocimiento de la ley en su beneficio.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectuado por **MARTHA CECILIA PERILLA MARQUEZ** el día 21 de octubre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 21 de octubre de 1997; luego en diciembre 22 de 1999 se trasladó a Porvenir SA; luego el 30 de octubre de 2001 se trasladó a Horizonte SA, y en enero 1 de 2014 a Porvenir SA (f.88 contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni

puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que

el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA apporto: certificado de vinculaciones SIAFP, formulario de afiliación a horizonte 1997, a Porvenir 1999, a Horizonte 2001, Historia laboral, relación de movimientos, certificado de bono pensional, comunicación sobre futuro pensional, página del Tiempo, comunicado de prensa y Concepto SIF 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de octubre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 21 de octubre de 1997, la demandante tenía 169.6 semanas ( f.30 demanda expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 23 de mayo de 1964 f.21 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en 2021 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.322 semanas, (f.30 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 21 de octubre de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de*

***prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”***

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la*

*violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmara la sentencia proferida en primera instancia.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

**COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de mayo de 2022 por el Juzgado 39 Laboral el Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA. Fijense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

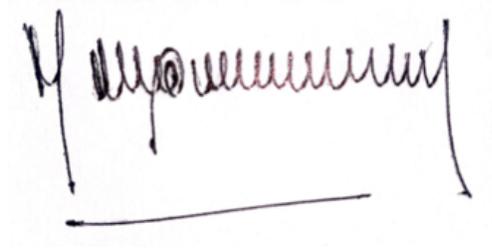


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Miller Esquivel Gaitan'. The signature is enclosed within a simple rectangular frame drawn with a single line.

**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Martha Cecilia Perilla Márquez  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**039-2021-00564-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

**Firmado Por:**  
**Luz Patricia Quintero Calle**  
**Magistrada**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **396a9c9aadfbd15c64e120b0d4b944f63995c283bfcd9633e18a228a1c4c5f90**

Documento generado en 31/03/2023 11:00:38 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 040-2021-00087-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: LUZ DARY AMAYA JIMENEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR S.A. Y**  
**COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada Maria Natalia Álvarez Rueda, con tarjeta profesional No. 324.097 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La demandante y las entidades demandadas -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.- a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **LUZ DARY AMAYA JIMENEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **PRETENSIONES DECLARATIVAS**

- **DECLARAR** que la ineficacia del traslado y afiliación efectuado el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A.

-**DECLARAR** que continua válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

#### **PRETENSIONES CONDENATORIAS.**

-**CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los rendimientos financiero, frutos, intereses y gastos de administración efectuados.

-**CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen que administra, y a recibir los aportes que sean trasladados de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros.

-**CONDENAR** a las entidades demandadas al pago de perjuicios morales de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

-Costas procesales.

#### **TRÁMITE PROCESAL**

El Juzgado de conocimiento, mediante auto dictado el 6 de julio de 2021, admitió el escrito de demanda y ordenó la notificación a las entidades accionadas - COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.-, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Colpensiones, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el traslado efectuado por la demandante, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen de conformidad con lo

establecido en la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y buena fe.

Entre tanto PORVENIR S.A., indicó luego oponerse a la prosperidad de las pretensiones, que la accionante al momento de suscribir el formulario de vinculación, recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte el Ministerio Público, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, en atención a los diversos pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral.

Por auto de fecha 14 de febrero de 2022, se admitieron los escritos de defensa presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. (carpeta 24)

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 40 Laboral del circuito de Bogotá**, el día 29 de septiembre de 2022, profirió sentencia, en el siguiente sentido:

**“Primero: DECLARAR** la ineficacia del traslado que LUZ DARY AMAYA JIMENÉZ efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo: Condenar** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**Tercero: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

**Cuarto: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **Quinto: NEGAR** demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto.

**Sexto: COSTAS** a cargo de **PORVENIR S.A** y en favor de la demandante, las cuales se rebajarán en un 25%. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un SMLMV.

**Séptimo: CONSULTAR** esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.”

## RECURSO DE APELACIÓN

**COLPENSIONES**, señaló que la afiliación efectuada por la demandante al RAIS, fue libre y potestativa, además que tuvo la posibilidad de retornar al RPM, pero continuó realizando aportes en el Régimen de Ahorro Individual, lo que permitía inferir su voluntad en permanecer en el Régimen de Ahorro Individual. Así mismo, aseguró que acoger la suplicas invocadas por la demandante generaría un detrimento o perjuicio del sistema.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, insiste en que dio cumplimiento al deber de información, ya que para la fecha de traslado no se exigían constancias escritas, sino únicamente el formulario de afiliación, que dicha obligación solo se estableció con posterioridad a la fecha de la afiliación. Aseguró que la demandante al absolver el interrogatorio manifestó que no había dado lectura al formulario, ni realizado preguntas al asesor, por lo que a su juicio no actuó de manera diligente, deber que también está en cabeza del asegurado. Indicó que la inconformidad de la demandante no radica en la falta de información, sino en la cuantía de la prestación, sin que ello invalide o anule las actuaciones surtidas. Manifestó que no se debió emitir condena por gastos de administración, ya que los respectivos descuentos se realizaron por mandato legal, sumado a que ejecutó una correcta administración del dinero y generó unos rendimientos., prestación esta ultima que solo se da en el RAIS.

No obstante, la interposición de los recursos de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por LUZ DARY AMAYA JIMENEZ, el día 11 de septiembre de 1996 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA, fondo en que estuvo afiliado, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte a Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 11 de septiembre de 1996 (fl. 36-73 de la carpeta 19 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017

Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: historia laboral consolidada, certificado de afiliación, formulario de afiliación, relación de movimientos, reporte de vinculaciones SIAFP, respuesta dada a las solicitudes planteadas por la actora e historia válida para bono pensional.

Es decir que el fondo demandado no allegó ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de septiembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el Régimen de Prima Media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, empero no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 11 de septiembre de 1996, la demandante tenía 231.43 semanas, por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 25 años (nació el 29 de julio de 1969 expediente administrativo) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2026 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir S.A., la demandante había cotizado 1443 (f. 38 carpeta expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos

irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser la administradora que acredite la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 11 de septiembre de 1966, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, cabe precisar que respecto de la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, como quiera que la Corte consideró:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes*

*les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”*

*“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en cuanto a la inconformidad de la demandada relacionada con la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tendrán que ser devueltos por el fondo en que estuvo afiliada la demandante, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación***

**de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, como tampoco las prestaciones que de allí se deriven, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

#### **COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una de las mencionadas entidades.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

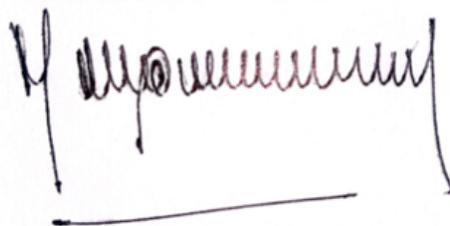
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, por el Juzgado 40 Laboral el Circuito de Bogotá, según se expuso.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente, y a favor del demandante.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



**Aclaro voto**  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

[40-2021-00087-01](#)

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Luz Dary Amaya Jiménez  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**040-2021-00087-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

**Firmado Por:**  
**Luz Patricia Quintero Calle**  
**Magistrada**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **89c9dd8fb4460a8e9c4e2b6b7a340999e02448652acdbcc9bafc1b919cef076c**

Documento generado en 31/03/2023 12:23:58 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**