

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

PROCESO ORDINARIO No. 09 2017 651 01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: PEDRO FORERO ROJAS
DEMANDADO: COLSUBSIDIO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días el mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), fecha previamente señaladas en providencia anterior para la celebración de la presente Audiencia de Juzgamiento, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

SENTENCIA

El señor PEDRO FORERO ROJAS, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda en contra la CAJA COLOMBIANA DE

SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO, con el fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia, se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 4 de marzo de 1992, hasta el 4 de septiembre de 2014, fecha en la cual fue despedido sin justa causa. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, cesantías, indemnización por no pago de las mismas, compensación de salarios como consecuencia del no pago salarial, acorde con las funciones desempeñadas como rector, al pago de los salarios no cancelados durante los periodos, en los que se interrumpieron los contratos, pero se prestó el servicio; que se condene a la demandada a los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 65 – 66)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se afirma:

- Que nació el 13 de abril de 1965.
- Que se vinculó a la demandada como docente el 4 de marzo de 1992, con contratación por hora cátedra y en el año 1993, como docente de tiempo completo.
- Que en el mes de diciembre de 2003, le fue notificado que de acuerdo con sus resultados profesionales, sería nombrado como rector del Colegio COLSUBSIDIO LAS MERCEDES, a partir del mes de enero de 2004.
- Que como consecuencia de lo anterior, debía dedicar horas adicionales a su trabajo adicional, con el pleno de responsabilidades y de representación ante los organismos de vigilancia y control del Estado.
- Que no recibió la remuneración correspondiente al cargo de rector.

- Que en el año 2009, fue trasladado al COLEGIO COLSUBSIDIO DE CIUDADELA, en el que laboró hasta el mes de septiembre de 2014, fecha en la que fue despedido.
- Que cada año se realizaba un nuevo contrato, dejando espacios de 15 días sin contratación y al finalizar se le entregaba la correspondiente liquidación por lo que nunca se le consignaron las cesantías a un fondo.
- Que durante el periodo de sus vacaciones continuaba desarrollando labores al servicio de la demandada.
- Que nunca recibió llamados de atención. (fl.- 62 – 65)

La demandada contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda las pretensiones de la misma, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 10, 43, 44 y 45, relación con los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Finalmente, propuso como excepciones, las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, ausencia de la obligación y prescripción. (348 – 365)

Tramitada la primera instancia, la Juez profirió sentencia, calendada el día 5 de agosto de 2019, por medio de la cual resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.- 379 CD 378)

Fundamentó su decisión señalando:

“El despacho reanuda la audiencia pública de juzgamiento dentro del proceso ordinario laboral radicado bajo el numero 2017 651 y procede a proferir la siguiente sentencia, el señor Pedro Forero Rojas a través de apoderado judicial instaure demanda ordinaria laboral de primera instancia con el fin de que le sean reconocidas las pretensiones vistas a folio 64 a 68 que por economía procesal no se va hacer alusión a

ellas en esta decisión. Estas pretensiones fueron sustentadas en los hechos vistos a folio 59 a 64 que corresponden a 49 hechos que también por economía procesal no se va a hacer alusión a ellos en esta decisión, la presente demanda fue admitida mediante providencia de fecha 15 de febrero de 2018 como se observa a folio 150 donde se dispuso notificar a la parte pasiva, surtidos los tramites de notificación a folio 151 y siguientes procedieron a notificarse a través de apoderada general, como se observa a folio 160 el día 18 de mayo de 2018 y a dar contestación a folio 161 y siguientes, manifestando en la contestación que se oponían a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, tanto declarativas como de condena, y propusieron como excepciones las que denominaron cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, prescripción. Hecho así un breve recuento de los antecedentes se proceden a proferir las siguientes consideraciones:

De la relación laboral, extremos temporales y su forma de terminación. Corresponde al despacho determinar si entre las partes existió una relación laboral desde el 4 de marzo de 1992 hasta el 4 de septiembre de 2014, donde manifiesta el actor que para cada año le realizaban un nuevo contrato, dejando entre cada contratación anual un término de 15 días, correspondiente al ciclo vacacional legal e indicando que en ese periodo continuaba asistiendo a las instituciones educativas de la demandada y cumpliendo un horario laboral. Por su parte la accionada indica que se hicieron varios contratos de trabajo a término fijo y que no se realizó ninguna actividad laboral en la época que estuvo desvinculado de Colsubsidio-

Para resolver lo anterior se encuentra allegado por la parte demandante los contratos suscritos con la accionada, la carta de terminación de la relación laboral, certificación expedida por su empleador y la liquidación final vista a folios 3 a 74 del expediente. Así mismo, la parte demandada allega la hoja de vida del actor visible a folio 162 a 327 en donde además se evidencia los preavisos, liquidaciones de cada uno de los contratos y paz y salvos respectivos, del interrogatorio absuelto por el demandante en esta audiencia, acepta la existencia de diversos contratos a termino fijo, aclarando que siempre culminaban y que se tenia que hacer presente, indicando que en varias ocasiones tuvo que acudir a reuniones a resolver situaciones administrativas y señala que al terminar el año escolar se sellaban los salones y laboratorios pero las demás instalaciones del colegio quedaban funcionando. Estableciéndose lo anterior que los contratos fueron a termino fijo y que los primeros fueron para desempeñar el cargo de profesor y a partir del año 2004 para desempeñarse en el cargo de rector del colegio las mercedes y colegio de la ciudadela Colsubsidio, siendo lo primero señalar que los contratos de profesores

conforme el artículo 101 del código sustantivo del trabajo, se establece que el mismo con los profesores del sector privado, se entiende celebrado por el año escolar, salvo que las partes pacten un periodo diferente, que puede ser mayor o menor al año escolar, sin que lo anterior se evidencie, puesto que de la documental allegada, se tiene que los contratos iniciales fueron pactados para periodos académicos respectivos. Y de los testimonios de las señoras Nidia Esperanza Cristancho, Claudia Fernanda Monroy Guerrero y Manuel Enrique Ortega González señalaron que las funciones del actor inicialmente fueron de profesor, pues tan solo el señor Manuel Ortega indicó que fueron pares como docentes entre el año 1999 a 2003, sin que se puede presumir que posteriormente al vencimiento del año escolar, el demandante hubiere continuado prestando servicios en los colegios como docente. Se tiene que para el termino, el tiempo que fue contratado el demandante como rector, estas labores le fueron indicadas mediante contratos a termino fijo, siendo oportuno señalar que en relación con este tipo de contratos, el mismo se encuentra regulado en el artículo 46 del código sustantivo del trabajo, en donde se establece entre otras que este debe ser siempre por escrito, su duración no puede ser superior a 3 años, es renovable indefinidamente y se prorroga automáticamente, en caso de que ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no continuar con el contrato, termino que no puede ser inferior a 30 días antes de su vencimiento en este caso el contrato se renueva pero sin embargo seguirá siendo un contrato a término fijo, cuya duración será igual al contrato que le precede o el que se renueva. En este tiempo, los contratos solo se convierten en indefinido cuando así lo pacte el empleador y el trabajador y sin importar cuales sean las circunstancias que se den al interior de la relación. Siempre será un contrato a termino fijo hasta cuando las partes convengan lo contrario, así lo ha señalado la jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en sentencia numero 45555 del 3 de mayo de 2017, con ponencia del magistrado doctor Gerardo Botero, donde afirmó: “incluso en un paso conceptual mas adelante, la sala también ha explicado que la sucesiva renovación del contrato laboral a termino fijo no se transfigura en uno a termino indefinido.” En sentencia numero 48879 del 19 de octubre de 2016 también precisó esa honorable corte lo siguiente: “también ha dicho la sala que el contrato de trabajo a termino fijo no pierde su esencia ni cambia la modalidad a indefinido por el hecho de que se prorroguen varias veces como lo propone la censura.” Sin que tampoco por el hecho de que hayan prestado servicios por el periodo en que no tenia contrato el demandante, pueda cambiar su naturaleza, puesto que la misma está contemplada en la ley. Aspecto que tampoco encuentra realidad probatoria en el presente asunto, puesto que si bien los 3 testigos fueron coincidentes en conocer al actor desempeñándose en el cargo de

rector e indicar que las funciones son las de ser líder del equipo a cargo en diversas áreas de cada colegio, pero ninguno señala que estos periodos en que se terminaban los contratos a termino fijo se continuara prestando el servicio, puesto que la señora Nidia Esperanza Cristancho refiere a un solo caso puntual en el año 2009, mientras los declarantes Claudia Fernanda Monroy, Manuel Ortega González quienes dijeron haberse desempeñado en el cargo de rector en los colegios de concesión de la entidad demandada, señalo la primera que tan solo una vez les toco asistir a tal reunión que no duro mas de 2 o 3 horas y por su parte, el señor González indico que no tenia que asistir posteriormente a la terminación del contrato, indicando que incluso durante ese tiempo las personas llamadas a responder eran los coordinadores administrativos quienes tenían contrato a termino indefinido, sin que el mismo demandante fuera preciso en los periodos que dice haber prestado los servicios a la finalización de los contratos a término fijo, indicando que fueron varias ocasiones pero que no recuerda todas. Evidenciándose que de los contratos que fueron plasmados por termino fijo, así como se procedió a su terminación de manera oportuna y legal en cada una de ellas, conforme la documental vista a folios 207 a 323, sin que su pluralidad se convierta en uno solo. Motivos por los cuales no se puede declarar en favor de la parte actora la existencia de un solo contrato entre el 4 de marzo de 1992 al 4 de septiembre de 2014, pues durante este lapso se vieron varios contratos que van desde el año 1992 a 2003 como profesor y posteriormente a término fijo, e inclusive desempeñando funciones diferentes en cada uno de ellos. Es así que conforme la documental vista a folios 42 a 209 del plenario, se tiene que la relación terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

Salarios no cancelados. Solicita el actor que durante los tiempos que se dio interrupción en los contratos, se continuo prestando servicios y que por tal motivo se le adeudaban los anteriores, al respecto, le corresponde al demandante como requisito ineludible probar de manera clara y precisa el tiempo que dice haber prestado sus servicios durante las interrupciones para que proceda una eventual condena por este concepto, es decir, el actor debía determinar con absoluta precisión, esto es, indicar fechas y periodos exactos en que ocurrió el trabajo suplementario, así mismo, debía aportar las pruebas que condujeran al despacho a adquirir la absoluta certeza de que dicho trabajo se realizó como fue determinado, además que se haya cumplido funciones por ordenes impartidas por la accionada, sin que de la prueba testimonial se pueda establecer nada al respecto. Siendo también oportuno que al no haber existido un solo contrato, como lo pretendía el demandante en caso de haberse acreditado alguna función adicional, varios de ellos estarían prescritos, por lo tanto, se absolverá a la demandada de estas solicitudes.

Compensación salarios del año 2004. Manifiesta el demandante que para agosto de 2004 cuando se desempeñó como rector del colegio Colsubsidio las Mercedes, conforme a acuerdo verbal con la señora Magola Delgado Reyes, jefe de educación, asumió el cargo de rector encargado del colegio Colsubsidio Torquigua, indicando que se le adeudaban estos salarios pese a que en su momento se solicitó el pago de estos servicios aportando actas y certificaciones como prueba del desempeño de dichas funciones, indicando que se le adeudaba un total de \$10.000.000 por estos. Al respecto, se ha de indicar que no obra constancia de que efectivamente estos valores hayan sido peticionados por el actor, como lo manifiesta, como tampoco obra prueba documental alguna que de certeza a lo anterior. Incluso el testigo Manuel Ortega González indico que no era posible que se cumpliera una actividad de rector en instituciones diferentes, señalando que cada colegio tenía su propio rector, y sin que tampoco obre certeza probatoria del pacto con la supuesta señora Magola Delgado Reyes, cuando ni siquiera se acredita el cargo que desempeñaba en Colsubsidio, su posición organizacional en la empresa demandada y si tenía la facultad de disponer sobre encargos de los rectores. Por lo anterior también se absolverá a la parte demandada, dado de que no existe prueba conforme lo establece el artículo 167 del código general del proceso. Indemnización por despido sin justa causa. Acreditado quedó al plenario que la relación laboral terminó de manera unilateral por el empleador y sin justa causa como se observa a folio 42 para lo cual procedió a cancelar la respectiva indemnización conforme se acredita en la liquidación vista a folio 207 del plenario, sin que se pudiera establecer sobre la existencia de un solo contrato, y por el contrario se probó lo de los varios contratos a término fijo y se tiene que la liquidación fue efectivamente liquidada de acuerdo a los lineamientos del artículo 64 del código sustantivo del trabajo. Por lo anterior, se absolverá a la demandada de esta solicitud. Cesantías y sanción establecida en la ley 50 de 1990 por no consignación. Establecido se encuentra sobre la existencia de varios contratos de trabajo y conforme a las liquidaciones a la terminación de cada uno de estos, se tiene que se encuentra acreditado el pago de las cesantías, visibles a folio 271 a 323 del plenario. Así mismo, al ser entregadas directamente a su trabajador al momento de la terminación de la relación laboral y con sus respectivos intereses, no se hacía obligatoria su consignación en un fondo; sin que tampoco se haya probado algún factor salarial que no se haya tenido en cuenta, por lo anterior se absolverá a la demandada de estas solicitudes. Indemnización moratoria, como en el presente caso no prospera ninguna de las pretensiones susceptibles de estudio, sin mayores discusiones se absolverá a la demandada de estas solicitudes. Por lo expuesto, se declaran probadas las excepciones de mérito denominadas cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas y pago de lo debido, y el despacho se declara relevado de

los demás medios exceptivos planteados por la demandada en su contestación. Costas serán a cargo de la parte actora, tásense conforme el acuerdo psaa 1610554 de la presidencia del consejo superior de la judicatura en la suma de \$200.000. En mérito de lo expuesto, el juzgado 9 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1. Absolver a la entidad demandada, caja colombiana de subsidio familiar Colsubsidio de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor Pedro Forero Rojas, de conformidad como quedo explicado en la parte motiva de esta sentencia;
2. Se tendrán por probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y pago de lo debido, y el despacho se declara relevado de los demás medios exceptivos planteados por la demandada en su contestación;
3. Costas serán a cargo de la parte actora, tásense las agencias en \$200.000;
4. Por ser totalmente desfavorables la presente decisión a la parte actora, se dispone consultarla ante la honorable sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del código procesal laboral, si esta decisión no es apelada.

La presente sentencia queda notificada en estrados a las partes.”

Inconforme con esta decisión la parte actora **interpuso recurso de apelación** manifestando que:

“Quisiera empezar por indicar que el señor Pedro Forero Rojas, efectivamente inicio una relación laboral con la empresa Colsubsidio a partir del año 1992 la cual termino el 4 de septiembre de 2014, que de ello se desprendió una serie de contratos, inicialmente fue docente hasta el año 2004 y posteriormente fue nombrado como rector de varios colegios, entre ellos el colegio torquigua, el colegio ciudadela y como de los hechos de la demanda se desprende, el colegio las mercedes. Adicional a lo anterior se tiene que con el testimonio de la señora Nidia Cristancho quedo plenamente demostrado que a ella precisamente durante un lapso de tiempo le consto personalmente las funciones que desempeñaba el señor Pedro como rector del colegio las mercedes, mas o menos aproximadamente entre el año 2009 y 2010, en adelante en el sentido de que el debía desempeñarse o seguir realizando sus funciones propias del cargo, aun cuando terminaba la relación laboral en los contratos a término fijo que suscribió con la entidad, situación que hace demostrar en esta diligencia que en

realidad el contrato nunca tuvo una terminación laboral tal y como se quiere hacer ver por la parte demandada. Adicional a lo anterior, la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, sala laboral, sobre contratos sucesivos ha indicado que de manera reiterada y desde hace tiempo ya, la sala de casación laboral de la corte suprema ha admitido que en ocasiones los contratos sucesivos cuyas partes y objeto no cambian, pueden tener inmersas intenciones o estrategias del empleador para evadir tramites, condiciones o requisitos legales que deben cumplir frente a los trabajadores, así lo señala desde el 25 de junio de vieja data, el 62, tampoco desconoce la sala la posibilidad que en algunos casos la parte patronal, independientemente o en conveniencia con los mismos trabajadores, pueda recurrir al sistema y a celebrar contratos de trabajo que se dan por terminados luego de un tiempo, aduciéndose motivos solo en la apariencia legales, para volver a celebrar otros que se ejecuten sucesivamente y sin interrupción, todo con el propósito de vulnerar derechos de los trabajadores o de eludir tramites, condiciones o requisitos exigidos por preceptos legales de ineludible cumplimiento. Es claro que acreditados procesalmente esos propósitos o fines perseguidos contrarios a la ley, corresponde al juzgador restaurar los fueros de la justicia y del derecho, pero para ello debe proceder en cada caso sobre las bases de dichos probados, no de simples conjeturas o supuestos subjetivos sin respaldo en el proceso. Lo que se alega dentro de la demanda, con esto quiero indicar, que lo que se alega dentro de la demanda y dentro de los hechos de la misma y con las pruebas documentales aportadas al proceso, sobre todo con los contratos de los años por el periodo comprendido del 92 al 2014, se relaciona una serie de contratos suscritos sucesivamente, los cuales reitero, no tienen una interrupción por más de 15 días, 15- 20 días como mínimo y aduciendo a que el señor pedro forero realizaba funciones de líder y de representante legal de los colegios en los que fue rector en su momento, debía estar pendiente prácticamente 24/7 de lo que sucediera allí y hacer presencia para solucionar problemas y demás inconvenientes que se presentaran, tal y como lo indicaron los testigos, inclusive así lo indico una de las testigos de la parte demandada, la señora Claudia, al indicar que en algún momento ella también manifestó que debía inclusive hacer apoyo por fuera de la terminación laboral propias, apoyo que se realizaba, propio de sus funciones laborales como rectora. Adicional a lo anterior, quisiera indicar que los nombramientos de los rectores en las instituciones educativas no se dan ni por el número de estudiantes que vayan a ingresar al plantel educativo el próximo año, sino que por ley las instituciones educativas deben tener su representante legal que es el rector, que se nombre en ese momento para ejercer dichas funciones, en razón a lo anterior y teniendo en cuenta que con las pruebas documentales obrantes dentro del proceso, las pruebas testimoniales que se decretaron y se realizaron esta diligencia, solicito a los

honorables magistrados de la sala laboral del tribunal de esta ciudad revoquen la sentencia en su totalidad y en consecuencia conceda cada una de las pretensiones que se encuentren probadas dentro del proceso a favor del señor pedro forero y en contra de la empresa Colsubsidio, quien es acá la caja de compensación familiar Colsubsidio, quien obra en este proceso como entidad demandada. Muchísimas gracias.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá las inconformidades señaladas por el recurrente, encontrando que el punto de apelación se contrae a establecer si entre las partes existió un solo vínculo laboral desde el año 1999 y hasta el 4 de septiembre de 2014 y si como consecuencia de ello, procede el reconocimiento de las acreencias que reclama.

Conforme a la prueba documental aportada al proceso las partes suscribieron contratos de trabajo a término fijo, por el tiempo de duración del año escolar, desempeñando el actor el cargo de PROFESOR, por los siguientes periodos:

- Del 4 de marzo al 30 de noviembre de 1992. (fl.- 3-4)
- Del 18 de enero al 30 de noviembre de 1993. (fl.- 5-6)
- Del 24 de enero al 30 de noviembre de 1994. (fl.- 7-8)
- Del 16 de enero al 30 de noviembre de 1995. (fl.- 9-10)
- Del 22 de enero al 15 de diciembre de 1996. (fl.- 11-12)
- Del 20 de enero al 30 de noviembre de 1997. (fl.- 13-14)
- Del 1 al 15 de diciembre de 1997. (fl.- 15-16)
- Del 19 de enero al 15 de diciembre de 1998. (fl.- 17-18)
- Del 18 de enero al 15 de diciembre de 1999. (fl.- 19)
- Del 17 de enero al 30 de noviembre de 2000. (fl.- 20)
- Del 15 de enero al 30 de noviembre de 2001. (fl.- 21)

- Del 16 de enero al 6 de diciembre de 2002. (fl.- 22)
- Del 14 de enero al 7 de diciembre de 2003. (fl.- 23)

Igualmente se encuentra que el actor prestó sus servicios como RECTOR, mediante contratos de trabajo a término fijo, por el tiempo de duración del año escolar, por los siguientes periodos:

- Del Colegio Las Mercedes, desde el 4 de enero al 18 de diciembre de 2004. (fl.- 24)
- Del Colegio Las Mercedes, desde el 12 de enero al 19 de diciembre de 2005. (fl.- 25)
- Del Colegio Las Mercedes, desde el 10 de enero al 20 de diciembre de 2006. (fl.- 26)
- Del Colegio Las Mercedes, desde el 15 de enero al 20 de diciembre de 2007. (fl.- 27)
- Del Colegio Las Mercedes, desde el 14 de enero al 18 de diciembre de 2009. (fl.- 28 - 29)
- Del Colegio C.E.I.C Ciudadela, desde el 13 de enero al 21 de diciembre de 2010. (fl.- 30 - 31)
- Del Colegio C.E.I.C Ciudadela, desde el 11 de enero al 21 de diciembre de 2011. (fl.- 32-33)
- Del Colegio C.E.I.C Ciudadela, desde el 11 de enero al 21 de diciembre de 2012. (fl.- 34-35)
- Del Colegio C.E.I.C Ciudadela, desde el 10 de enero al 20 de diciembre de 2013. (fl.- 36-38)
- Del Colegio C.E.I.C Ciudadela, desde el 9 de enero al 18 de diciembre de 2014. (fl.- 39-41)

Finalmente, a folio 42, se observa la comunicación mediante la cual, la demandada a través de su Jefe del Departamento de Relaciones Laborales, informa al actor la decisión de dar por terminado de

manera unilateral, el contrato de trabajo, a partir del 5 de septiembre de 2014.

Ahora bien, en el presente caso el actor señala que, pese a la existencia de los contratos arriba relacionados, se debe declarar la existencia de un solo vínculo laboral, alegando para ello, que la prestación de sus servicios fue continua e ininterrumpida y que esta circunstancia, señala en su recurso, se encuentra demostrada con la prueba testimonial.

Revisada entonces, la prueba testimonial recaudada, esta Colegiatura encuentra, en punto a la prestación de servicios por parte del actor, lo siguiente:

En primer lugar, se escuchó la declaración de la señora Nidia Esperanza Cristancho Rodríguez, quien manifestó que laboró al servicio de la demandada; que fue compañera del actor para los años 2007 a 2010, que laboraban por periodos de año lectivo; que el actor por ser parte de las directivas en épocas decembrinas debía apoyar temas administrativos, como por ejemplo lo sería arreglos locativos y por fuera del tiempo del trabajo. Señala que los contratos del personal terminaban las primeras semanas de diciembre de cada año, pero recuerda de manera puntual, que para el año 2009, el actor, debió prestar sus servicios hasta el día 18 o 19 de diciembre. Que si lo llamaban a prestar servicio después de la finalización de cada contrato, debía acudir de manera obligatoria.

Por su parte, la señora Claudia Fernanda Monroy, señaló que labora al servicio de la demandada desde hace 19 años, que en la actualidad ostenta el cargo de Rectora, en cuanto a la prestación de servicios, señaló que puede ocurrir que, entre los contratos, sean citados por temas puntuales, pero que no es algo permanente, que es 1 o 2 horas, máximo, que no es todos los días y que es algo esporádico. Que el

Colegio Las Mercedes es un colegio en concesión, el cual se sella una vez se acaba el periodo académico, por parte de la empresa de vigilancia y seguridad, por lo que no era viable ingresar, ni siquiera al rector de la institución. Que las cuestiones a los que se podían citar de manera excepcional, eran atendidas en las oficinas de gestión humana, las cuales no quedan en los colegios.

El señor Manuel Ortega González, señaló que fue compañero de trabajo del actor, desde el año 1999, que con la institución se suscribían contratos de trabajo a término fijo, los cuales eran diferentes para los docentes y para los rectores, ya que los docentes terminaban 1 o 2 semanas después de los alumnos y los rectores 1 semana después de los docentes. Indicó que no es normal que Colsubsidio convoque a los rectores una vez terminan sus contratos, simplemente se terminan y se van, porque los colegios se cierran y se sellan por la empresa de seguridad y nadie puede ingresar. Finaliza indicando que, si ocurriera algún imprevisto, o si por ejemplo se rompe un tubo, existe un cargo denominado coordinador administrativo, el cual es el único cargo con contrato a término indefinido, por lo que él sería la persona que tendría encargarse de ello en coordinación con el área de seguridad.

De la revisión de las anteriores pruebas, esta Sala encuentra que la decisión adoptada por la Juez de primer grado se encuentra ajustada a derecho, ya que con la misma no es posible establecer la existencia de una sola relación laboral en los términos señalados por el apoderado de la parte actora en su recurso.

Lo anterior, se afirma como quiera que en primer lugar, el artículo 196 de la Ley 115 de 1994 ha establecido que el régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales de los educadores de establecimientos educativos privados será el Código Sustantivo del Trabajo y respecto a la forma de vinculación laboral

debe observarse lo dispuesto en el artículo que establece que el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar y en consecuencia en caso de silencio de las partes por no haber estipulado un término al contrato, se tomaría el establecido en el artículo enunciado, pero la modalidad de contratación no es forzosa o excluyente para los profesores sino supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente, o sea que en principio las partes tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por duración de determinada labor reguladas en el Artículo 45 del C.S.T. (Sentencia del 23 de abril de 2001, Radicado 15623, Magistrado Ponente: Francisco Escobar Henríquez).

Ahora bien, en cuanto a la continuidad de la prestación de los servicios por parte del actor entre contrato y contrato, es necesario señalar que, al plenario no se allegó prueba alguna que lleve a esa Colegiatura a la certeza de dicha afirmación, ya que de la prueba documental nada se desprende al respecto y de la prueba testimonial se encuentra que los testigos señalan que dicha prestación era esporádica y que no era normal que los llamaran, a la finalización de los contratos.

En relación con la testigo Nidia Cristancho Rodríguez, esta Sala encuentra que la misma indica que de manera puntual le consta que en diciembre de 2009, el actor continuaba prestando sus servicios para el 18 o 19 de diciembre y revisado el contrato de trabajo, se encuentra que para dicha anualidad, precisamente el contrato de trabajo terminaba el día 18 de diciembre, por lo que su declaración no basta para suponer la prestación de servicios continuo ni siquiera por dicho año.

Así las cosas, se tiene que los contratos fueron suscritos por mutuo acuerdo entre las partes a término fijo inferior a un año, cada uno terminado y liquidado al vencimiento del término, tal y como lo acepta el actor desde la presentación de su demanda y se corrobora con la documental allegada a folios 208 – 284, además entre ellos existieron interrupciones entre uno y dos meses sin que el demandante aportara prueba alguna respecto a la continuidad en la prestación del servicio entre la terminación de cada uno de los contratos y la suscripción de uno nuevo, por lo que se confirmará la decisión del fallador de Primer Grado. .

Tenido en cuenta lo anterior, y como quiera que las demás reclamaciones se derivaban de la declaratoria de una sola relación laboral, esta Colegiatura se encuentra relevado del estudio de las mismas y se confirmará en su integridad objeto de alzada, por encontrarse ajustada a derecho.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14 2018 202 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: CARLOS GUILLERMO ACOSTA
CLAVIJO**

DEMANDADO: MASIVO CAPITAL SAS

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días el mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), fecha previamente señaladas en providencia anterior para la celebración de la presente Audiencia de Juzgamiento, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandada presentó alegatos se conclusión, vía correo electrónico.

SENTENCIA

El señor CARLOS GUILLERMO ACOSTA CLAVIJO, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda en contra de MASIVO CAPITAL SAS, con el fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia, se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 16 de marzo de 2015, hasta el 25 de octubre de 2017, fecha en la cual fue despedido de manera ilegal. Que se declare que al momento del despido se encontraba en tratamiento médico y que como consecuencia de ello se declare la ineficacia del acta de terminación del contrato de trabajo.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada a reintegrar al actor en las mismas condiciones laborales y salariales a las que fue contratado antes del despido indirecto; que se condene a la demandada a pagarle el mismo salario que venía devengando antes del despido indirecto y hasta el momento del reintegro; que se condene a la demandada al pago de la indemnización establecida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, omisión en el cumplimiento de los requisitos legales, a los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y a las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicita la reliquidación de sus prestaciones sociales, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, primas de junio y diciembre y aportes pensionales, sobre el salario realmente devengado, la indexación de las condenas, los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y a las costas del proceso. (fl.- 93 – 94)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se afirma:

- Que celebró un contrato con la demanda a término indefinido desde el 16 de marzo de 2015, para desempeñar el cargo de operador de bus padrón o alimentador, en trasmilenio.
- Más un auxilio de alimentación de \$138.200,00, un bono de mera liberalidad de \$138.200,00, más trabajo suplementario.
- Que el 22 de agosto de 2015, sufrió un infarto agudo al miocardio, por lo que el continuó con tratamiento médico y el 18 de septiembre de 2015 fue reubicado, pero le disminuyó el salario.
- Que en el año 2017, no le fue realizado el aumento decretado por el Gobierno Nacional.
- Que el 23 de octubre de 2017, la demandada liquidó su contrato de trabajo y el 25 de octubre de 2017, a sabiendas del tratamiento médico le presentó acta de terminación del contrato de trabajo.
- Que en dicha acta le ofrecen la suma de \$5.000.000,00, para que el trabajador *“acepte la renuncia del contrato de traba”*.
- Que la empresa omitió solicitar el permiso correspondiente al Ministerio del Trabajo. (fl.- 88-92)

Una vez notificada la demandada en legal forma, esta procedió a contestar la presente demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda las pretensiones de la misma, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1, 16, 20, 24, 36, y 40, para los demás señaló que son parcialmente ciertos, que no son ciertos o que no le constan. Finalmente, propuso como excepciones, las que denominó buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas e inexistencia de discriminación por sus limitaciones. (fl.- 188 - 209)

Tramitada la primera instancia, la Juez profirió sentencia, calendada el día 24 de julio de 2019, por medio de la cual resolvió:

1. Absolver a la demandada, masivo capital s.a.s. de todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias, formuladas en su contra por Carlos Guillermo Acosta Clavijo, conforme a los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de este proveído;
2. Abstenerse del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos por la encartada, dado el resultado absolutorio del litigio;
3. Condenar en costas de la acción a la parte demandante, en la oportunidad serán tasadas;
4. En el evento de no apelarse esta sentencia, se ordena consultar con el superior en los términos del artículo 69 del código procesal laboral.

Fundamentó su decisión señalando:

“Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico consiste en establecer si al momento de finalizar el contrato laboral, el actor era beneficiario de una estabilidad laboral reforzada por razones de salud y si por ende el acta de terminación y transacción suscrita entre las partes es ineficaz por no haberse celebrado previa autorización del ministerio del trabajo, dando lugar así al reintegro que pretende junto con el pago de los respectivos emolumentos laborales desde la fecha de terminación y hasta su reintegro efectivo, así como la sanción que prevé la ley 361 de 1997; subsidiariamente se deberá determinar si los bonos de alimentación y por mera liberalidad constituyen salario y resulta dable ordenar su pago desde que dejaron de reconocerse en su totalidad, así como si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales que se persigue en la demanda. Ha de indicarse, y para resolver el problema planteado, que en primer término, que no existe controversia respecto a la existencia de la relación laboral que unió a las partes, ni sus extremos temporales o el hecho de que hubieren estado regidas por un contrato de trabajo a término indefinido, en concreto, quedo plenamente establecido que el señor Acosta Clavijo prestó sus servicios bajo dicha modalidad contractual desde 16 de marzo de 2015 como operador de bus padrón, reubicándose el 18 de septiembre de 2015 al cargo de auxiliar de producción, tal y como se desprende de la contestación a los hechos 1 y 2 de la demanda, así como del contrato visible a folios 31 a 35 del plenario. Ahora bien, en virtud a que se pretende por el demandante se declare que el acta de terminación del contrato de trabajo transacción suscrita el 25 de octubre de 2017 es ineficaz, como quiera que no se obtuvo una autorización previa de la respectiva autoridad del trabajo, pues aduce que se encontraba en tratamiento médico debido a un infarto que sufrió en el año de 2015, ha de resolverse tal cuestión a la luz de lo dispuesto en la ley 361 de 1997 por medio de la cual se establecieron mecanismos de integración

social de las personas con limitación, la cual, al tenor del artículo 26 dispuso que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo. Así, frente a la disposición citada, la jurisprudencia ordinaria laboral entre otras en sentencia sl13657 de 2015, sl1451 de 2018, 3772 de 2018 y sl71395 de 2019, entre otras, ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato constituye ciertamente una garantía especial dentro de la legislación actual, la cual opera para las personas que presenten una minusvalía o limitación moderada y superior en virtud a lo referido en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001, actualmente derogado, por el decreto 1352 de 2003, sin embargo, no para las que padezcan cualquier tipo de limitación ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud, en ese sentido, si se analizaren las pretensiones del demandante a la luz del criterio anterior, es claro que ante tal supuesto no sería dable estudiar la ineficacia del acta de terminación del contrato de trabajo, suscrito entre las partes, y en consecuencia, determinar si tiene derecho al reintegro solicitado, toda vez que no se acreditó en el plenario que a la finalización del contrato se encontrare el actor calificado con una patología por la que se le hubiere otorgado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral por lo menos que lo ubicare en alguno de los grados señalados en la norma, moderada, la cual comprende que la pérdida de capacidad laboral oscila entre el 15 y el 25%, severa, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral, y profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%.

No obstante, se considera oportuno precisar que en virtud del principio de favorabilidad el cual enseña que ante diferentes interpretaciones lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, se debe escoger la que produzca los efectos mas favorables al trabajador o que conduzca a resultados exitosos en su causa, el despacho optara por aplicar el concepto que sobre la estabilidad laboral reforzada ha efectuado la jurisprudencia constitucional, en punto a este tema, la corte constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no es exclusivo de quienes hayan sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, indicando que el mencionado derecho tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afección en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, bajo el entendido que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y en consecuencia la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. En ese orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, verificándose para el caso concreto si el

demandante al momento de suscribirse el acta de terminación del contrato tenía una condición de salud que limitare de alguna forma y de manera importante las labores que desempeñaba en el cargo de auxiliar de producción, segundo, si el empleador tenía conocimiento o no del estado de salud del trabajador punto dentro del cual se estudiara a su vez la relación de causalidad entre el estado de salud del actor y la decisión del empleador de proponer un plan de retiro voluntario y en caso de encontrarse satisfechos los anteriores requisitos se entrará a revisar si se solicitó o no el permiso respectivo ante la autoridad administrativa correspondiente para proceder a ello, así entonces, para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, el juzgado habrá de partir del hecho de que la relación laboral sostenida entre las partes se mantuvo vigente desde el 16 de marzo de 2015 hasta 25 de octubre de 2017, esta ultima fecha conforme da cuenta el acta de terminación del contrato y carta de renuncia visibles a folio 71 a 77 y 184 del proceso. Del mismo modo que la estabilidad laboral reforzada que reclama el señor demandante, proviene del suceso que aduce en su demanda atravesó el día 22 de agosto de 2015, esto es, un infarto agudo al miocardio, mismo que se verifica haber acaecido en el mes de abril de 2015, conforme da cuenta la historia clínica visible a folios 26 a 28. Del mismo modo se verifica que tal y como lo admitiere la demandada en contestación de demandada al señor demandante Acosta Clavijo, le fueron emitidas unas recomendaciones laborales por manera que procedió su empleadora el 18 de septiembre de 2015 a reubicarlo del cargo de operador de bus patrón al de auxiliar de producción, este último que desempeñó hasta la fecha de finiquito contractual. De las anteriores premisas fácticas, así como del material probatorio obrante en el proceso y reseñado, desde ya ha de señalar este juzgado que ninguna estabilidad laboral reforzada acredito el señor Acosta Clavijo ostentaba al momento en que se suscribió entre las partes acta de terminación y transacción del contrato laboral, si se atiende que ninguna de las probanzas traídas al juicio da cuenta que la patología por la que se originó su ubicación se hubiere extendido en el tiempo o que por tal circunstancia de salud que atravesó se encontrare recibiendo tratamiento médico por lo menos hasta fecha cercana a la finalización del contrato de trabajo. Nótese que si bien la historia clínica adosada al plenario da cuenta de algunas atenciones, exámenes y procedimientos médicos realizados al actor, en razón a una patología cardiovascular, lo cierto es que tales datan del mes de abril al mes de noviembre de 2015, folio 7 a folio 28, esto es, dos años antes de la fecha en que se propuso un plan de retiro voluntario por parte del empleador, sin que sea dable tener en cuenta la afirmación elevada por el señor Acosta Clavijo, tanto en su demanda como en diligencia de interrogatorio de parte, en el sentido que para esta ultima data se encontraba en tratamiento médico, pues ninguna prueba que lo acreditare se arrimó al

proceso. Y es que si bien el testigo Abraham Antonio Ortiz, quien señaló haber sido compañero de trabajo del aquí actor, quiso hacer notar que percibió hasta la fecha en que se retiró de la empresa, agosto de 2017, que el señor Acosta ostentaba una especial condición de salud, lo cierto es que se evidenció de su dicho una cierta inclinación a beneficiar a este último, si se tiene en cuenta que una vez preguntado por este despacho de que se trataba tal condición y el como lo evidenció no supo indicarlo, limitándose a señalar que el demandante debía ir a unas terapias, estas últimas que tan siquiera se relataron en la demanda, le fueron por ejemplo, programadas o realizadas de cara a la patología que presentó en el año 2015, en tal virtud, no puede este juzgado presumir que la intención del empleador al proponer un plan de retiro voluntario al actor, se ejecutó como un acto discriminatorio para desvincularlo por una merma en su estado de salud, si se tiene en cuenta que no se acreditó se encontrare presente alguna por lo menos para el 25 de octubre de 2017, en conclusión de todo lo anterior, se puede afirmar que la terminación del contrato de trabajo no surgió como un acto originado en razón de alguna condición padecida por el demandante, sino por consenso entre las partes al suscribirse un acta de terminación del contrato de trabajo, en virtud de un plan de retiro propuesto por el empleador, mismo que ha de señalarse, no constituye una circunstancia que pueda determinar la nulidad o ineficacia de aquella, en tanto también fue suscrita por el trabajador en señal de aceptación, expresión de aprobación, que no fue desvirtuada por el demandante si se atiende que ningún vicio del consentimiento dolo, fuerza o error le adjudico a la suscripción de ese instrumento, pues nótese que la ineficacia pretendida la fundo en el hecho de encontrarse en el supuesto de estabilidad laboral reforzada, mismo que no encontró acreditación en este juicio. Establecido entonces que el demandante no era titular del derecho a una estabilidad laboral reforzada, se impone absolver a la demandada de la pretensión tendiente al reintegro, así como al pago de los emolumentos que de este pendían, incluyendo la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Desestimadas las pretensiones de orden principal, se asumen las solicitadas subsidiariamente, esto es, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Solicita el demandante se reliquiden las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema en seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta el bono de mera liberalidad, el bono de auxilio de alimentación, las horas extras diurnas, nocturnas, recargos nocturnos, festivos, dominicales causados durante la ejecución del contrato laboral. En virtud a ello, resulta necesario establecer a cuanto ascendía el salario del actor, si los bonos de mera liberalidad y de auxilio de alimentación constituyen factor salarial y si se causaron horas extras diurnas, nocturnas, recargos nocturnos, festivos y dominicales en desarrollo del contrato de trabajo. Así entonces, se tiene

que conforme se señaló en la demanda, al actor le fue asignado un salario inicial de \$923.780, pues ello se verifica en certificación emitida por masivo capital s.a.s. visible a folio 36, lo que fue igualmente admitido por la encartada, al dar respuesta al hecho décimo primero de la demanda. Del mismo modo se evidencia que se estableció por la encartada el reconocimiento y pago al demandante de un auxilio de alimentación mensual en suma de \$138.000 y un bono por mera liberalidad que podía ascender a la suma de \$138.000, sumas que se excluyeron como factor salarial, conforme se señaló en los parágrafos 2 y 4 de la clausula 6 del contrato de trabajo, visibles a folio 31 a 35. En ese orden de ideas, pasa el despacho a determinar si tanto el auxilio de alimentación, como el bono por mera liberalidad que devengaba el señor acosta, tienen incidencia salarial para la liquidación de las acreencias laborales que reclama, para lo cual ha de señalarse que tal y como lo ha puntualizado la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, entre otras, en sentencia sl1798 de 2018, por regla general, todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada, constituyen salario, a menos que “se trate de prestaciones sociales de suma recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, los pagos laborales por disposición legal, no son salario o que no posean un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación y los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como la alimentación, habitación, vestuario y primas extra legales de vacaciones, de servicios o de navidad, según artículo 128 del código sustantivo del trabajo.” Así las cosas, y teniendo en cuenta que esta ultima premisa es una excepción a los conceptos que constituyen salario en el marco de un contrato de trabajo, resulta necesario que el acuerdo al que hayan llegado las partes tendiente a excluir la incidencia salarial de estos, sea expreso, claro, preciso y detallado, como quiera que tal y como lo señaló la sala de casación laboral en la sentencia citada “no es posible el establecimiento de clausulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto.” Así entonces, ha de señalarse que en cuanto al bono de mera liberalidad, concepto que le fue pagado al promotor del pleito mientras desempeñó el cargo de operador padrón, esto es, de marzo a septiembre de 2015, se evidencia que conforme se estipuló en el contrato de trabajo, el mismo se sufragaba solo si se cumplía con las metas, objetivos y comportamiento disciplinario propuestos, lo cual

dependía entre otras razones del desempeño laboral del grupo o equipo de trabajo al cual pertenecía, esto es, operadores, bono que estableció en una suma máxima de \$138.320. surge de lo dicho que la naturaleza de ese pago no se enmarca dentro del concepto salarial en tanto estaba condicionado a que el grupo de trabajadores o equipo al cual pertenecía el actor como operador patrón, alcanzara unos logros de eficiencia mas no obedecía a una retribución directa por el servicio prestado, pues este constituía una bonificación que estableció el empleador, siempre que se alcanzaran las metas de eficacia y comportamiento propuestas, por manera que no puede este juzgado darle incidencia salarial, sumado ello al hecho de que la misma fue excluida por convenio de las partes a la suscripción del contrato de trabajo. A la misma conclusión se llega en lo que hace al auxilio de alimentación otorgado al demandante, si se atiende que este conforme se señaló en el contrato laboral, le seria otorgado con la finalidad de “colaborarle al trabajador en los costos básicos a su manutención y al de su familia.” Mismo al que también se le anuló incidencia salarial, por así pactarlo las partes y permitirlo el artículo 128 del código sustantivo del trabajo, sin que hubiere demostrado el demandante que tal concepto fue otorgado por el empleador como una retribución directa del servicio a fin de restarle eficacia a la estipulación contractual que resulta clara, expresa y detallada en cuanto al propósito de su pago. Luego entonces ha de señalarse que cuando el trabajador suscribió el contrato de trabajo convino de forma libre y voluntaria que los pagos por concepto de bono por mera liberalidad y auxilio de alimentación no eran constitutivos de salario. Condicionamiento que resulta legal, ya que el empleador estaba autorizado por la ley, artículo 128 del código sustantivo del trabajo, para otorgar dichas prebendas a sus trabajadores y a su vez, restarles incidencia salarial, la cual se repite, aceptó y convalidó el trabajador al firmar el mentado contrato, sin que sea dable ahora señalar que no conocía su contenido, entre tanto fue este quien lo aportó al proceso, sin demostrar que tal y como lo señaló el apoderado actor en sus alegatos de conclusión, para su obtención, tuvo que acudir ante su empleador, pues si bien el testigo que rindió declaración en este juicio, señor Abraham Ortiz, se refirió a este particular punto solamente relató hechos que a este le acaecieron personalmente en el marco del contrato de trabajo y no particularmente al actor, efectuando además apreciaciones de tipo general, pues señaló: “yo solo firmé la ultima hoja del contrato, el contrato de trabajo se lo entregaban a uno con derecho de petición” adicional a ello, el alegato dado por el abogado que representa la causa del demandante, en el sentido de que ningún trabajador firmaría el contrato con todas las cláusulas que tiene” resulta una mera apreciación subjetiva, que no encontró respaldo probatorio, mas aun cuando dicha circunstancia ni siquiera la relato en el libelo introductor, específicamente el hecho de no haber firmado el actor el contrato de trabajo conscientemente y con conocimiento de las

estipulaciones en el contenidas. En consecuencia, no resulta procedente la reliquidación de acreencias que pretende, por los valores que recibió por concepto de bono por mera liberalidad grupal y auxilio de alimentación, en tanto que no se demostró la incidencia salarial de esos conceptos.

Ahora, como quiera que el demandante pretende se reliquiden sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes en pensiones, teniendo en cuenta también las horas extras laboradas, así como los recargos causados durante toda la relación de trabajo, ha de señalarse que la línea jurisprudencial decantada por la sala laboral de la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, ha sido reiterada y univoca en el sentido de exigir que el requisito de mérito de tal pretensión consiste no solo en demostrar la jornada laboral, sino también con el carácter de preponderante el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio, lo cual debe demostrar el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos facticos para que a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena. Al respecto, refirió el demandante en su escrito de demanda, que durante toda la relación laboral desempeñó sus funciones en horarios que iniciaban desde las 4 de la mañana, hasta las 12 del medio día, bajo la modalidad de tabla partida, esto es, realizar como operador de bus unos recorridos en las horas de la mañana quedando en descanso hasta 2 horas, para luego continuar con la jornada, hasta completar 8 horas de trabajo, por manera que aduce, debía permanecer entre 10 y 12 horas al servicio de la empresa. Dicho ello, ha de señalarse que ciertamente de las pruebas obrantes en el plenario, se evidencia que el actor durante los meses de abril a agosto de 2015, en efecto, laboró en jornada adicional, así como en días dominicales y festivos, pues de ello dan cuenta los desprendibles de nómina visibles a folio 120 a 124, si se tiene en cuenta que masivo capital s.a.s. le reconoció el pago de unos rubros por recargos nocturnos, horas festivas y horas extras. Sin embargo, la pretensión que dirige el actor en el sentido que se reliquiden sus acreencias laborales, incluyendo las horas extras laboradas, así como los recargos causados durante la relación laboral no tendrá vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que de conformidad con los mismos desprendibles de nómina citados, así como los certificados de aportes en línea, visibles a folio 171 a 174, se verifica que los rubros reconocidos por tales conceptos fueron tenidos en cuenta para el pago de acreencias sociales y aportes al sistema de seguridad social integral. Luego, si lo que pretendía era que se incluyeran como factor salarial rubros que no fueron reconocidos y pagados por su empleador, era su deber especificar y probar que la jornada laboral durante toda la relación laboral siempre se extendió de la máxima legal y se desarrolló en horario nocturno y en días festivos y dominicales, precisando en ese sentido la cantidad de horas en las que ello acaeció y que su empleador no reconoció. Nótese en este punto que

si bien señaló en el libelo de demanda que debía cumplir con una jornada diaria de 8 horas y que esta se extendía por virtud de la modalidad de tabla partida, lo cierto es que no indicó con precisión cuantas de las horas extras o recargos por haber laborado supuestamente en horario nocturno, dominical o festivo, no fueron tenidos en cuenta por su empleador para la liquidación de sus acreencias laborales, pues señaló genéricamente que debía permanecer entre 10 y 12 horas diarias al servicio de su empleador, presupuestos facticos que resultan de vital importancia a fin de establecer o fijar el monto de una eventual condena. Del mismo modo, imperativo precisar que el testigo que rindió versión en este proceso, ninguna precisión en cuanto a jornada laboral del actor mencionó, entre tanto indicó que cuando el actor desempeñaba el cargo de auxiliar, algunos días podía iniciar su horario a las 3:30 AM, hasta las 4 o 5 de la tarde, o iniciaba a las 11 o 12 meridiano, hasta las 12-1 de la mañana, indicando que podía estar al servicio de la encartada entre el 16 o 17 horas diarias, dicho este que además se contradice con la afirmación del actor en su demanda, que señaló en el hecho 8 que su horario podía extenderse entre 10 o 12 horas. Ante tal indeterminación y al haberse desconocido y negado por la demandada adeudarle algún concepto por horas extras, recargos nocturnos, dominicales o festivos, así como reliquidación alguna, le correspondía al demandante acreditar la jornada laboral que desplego en el transcurso de la relación contractual, conforme lo señalan las reglas sobre el régimen probatorio contemplado en el artículo 167 del código general del proceso, aplicable al estatuto laboral por la integración de normas y aportar las pruebas necesarias para ratificar sus afirmaciones. En tal sentido, al no asumir la parte actora la carga de la prueba en el específico de punto de jornada laboral, mal haría este juzgado en fulminar condena en contra de la encartada por reliquidación de acreencias laborales que persigue, por supuestamente haber laborado horas extras en horario nocturno, dominicos y festivos, entre tanto además de quedar acreditado que la encartada incluyó como factor salarial las horas extras y el trabajo en días dominicales y festivos que reconoció y pago durante los meses de abril a agosto de 2015, no se demostró que se causaron adicional a estas, más recargos y pagos por haber trabajado en tiempo suplementario si es que fue así, mientras prestó sus servicios el señor Acosta Clavijo. Ahora, si bien el contrato de trabajo visible a folios 31 a 35, se pactó que el trabajador se comprometía a prestar sus servicios, cumpliendo con las rutas y frecuencias asignadas, en tanto el servicio que se presta es un servicio publico esencial, lo que puede generar que la jornada laboral se extienda, se desarrolle en horario nocturno o en días dominicales o festivos, lo cierto es que ello no resulta contundente para demostrar que el actor prestó sus servicios en los términos invocados en la demanda o si quiera con esto establecer cuantas horas en horario extra nocturno dominical o festivo laboró, pues no se puede

partir de suposiciones o deducciones siendo imprescindible demostrar con exactitud el tiempo laborado en dicha jornada, en conclusión, ha de señalarse que al no haberse probado al interior del juicio a través de ningún medio de convicción, valores distintos a los que la demandada tuvo en cuenta como factores salariales a lo largo de la vinculación, para liquidar prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, se dispondrá la absolución de la demandada de la reliquidación pretendida en forma subsidiaria, se absuelve en consecuencia de todas las pretensiones elevadas por Carlos Guillermo Acosta Clavijo, dado el resultado absolutorio del litigio, el juzgado se releva del análisis puntual de las excepciones propuestas por el extremo pasivo, las costas de la acción deben ser asumidas por la parte demandante vencida en el juicio, en oportunidad se tasaran. En merito de lo expuesto, el juzgado 14 laboral del circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley.”

Inconforme con esta decisión la parte actora **interpuso recurso de apelación** manifestando que:

“Gracias su señoría, en este momento oportuno presento el recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho, por cuanto en este fallo se centró únicamente en mencionarse lo del artículo 128, olvidando que el artículo 127 del código sustantivo del trabajo dice elementos integrantes, ósea los que constituyen salario, dice 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 determinación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo supletorio o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. Resulta que el trabajador como fue manifestado en los hechos de la demanda y en las conclusiones de este proceso, se manifestó que la empresa siempre ha utilizado la forma para engañar a los trabajadores, engañar a la misma justicia y engañar a todos, a los fondos de pensiones, a los terceros, todos salen perjudicados precisamente con la astucia de la empresa en los contratos de trabajo, porque es que resulta que en el contrato de trabajo hay una cantidad de cláusulas que realmente están en contravía de lo que es la legislación laboral, como es el caso la cláusula segunda nos habla sobre la jornada de trabajo que ahí dice que tiene que trabajar horas extras y todo, bueno, nos vamos a la cláusula cuarta y nos dice obligaciones del trabajador y tiene 24 numerales, dos párrafos, donde todo está en contra del trabajador. Nos dirigimos a la cláusula octava que son las justas causas para dar por terminado el contrato, esta cláusula tiene 68

numerales que todos están en contra del trabajador, yo parto de la idea que si el trabajador hubiese leído ese contrato de trabajo, ningún conductor en este momento estuviera trabajando al servicio de una empresa con una cantidad de cláusulas como esas porque todas son en contra del trabajador, entonces lo único que le queda al trabajador, como se manifestó anteriormente, le alcanza la última página para, después de que ellos reúnen los requisitos para ingresar a la empresa, le alcanzan el contrato y que después se lo entregan cuando lo firme el gerente y así se queda, que el conductor que necesita el contrato de trabajo tiene que solicitarlo a través de derecho de petición, y eso está manifestado acá en los hechos de la demanda en todo el procedimiento que se maneja durante el proceso, pero realmente pues no se menciona nada en el fallo en estos momentos sobre esos numerales que de verdad están totalmente en contravía de lo que es la legislación laboral, en contra de la constitución, en contra de todos sus artículos que benefician al trabajador, aquí es todo a favor de la empresa y por ende que los fallos pues tienen que salir también a favor de la empresa, precisamente por eso, entonces que sucede, que el trabajador es engañado para la firma del contrato porque le alcanzan la última página para que lo firme, tienen la necesidad del trabajo, entonces la empresa busca es eso, ver que el trabajador necesita el trabajo, lo hace firmar y después entonces ya cuando el trabajador lo necesita tiene que solicitarlo a través de derecho de petición o si no, no tendrían nunca el derecho a obtener el contrato de trabajo para saber ni siquiera que fue lo que firmó; por eso, todos los contratos...(Doctor, usted está sustentando un recurso de apelación...) Si, su señoría, estoy manifestando precisamente sobre eso, porque si todos los conductores leyeron esos contratos, ninguno firmaría ningún contrato, entonces por eso su señoría, presento el recurso de apelación contra ese fallo, por cuanto no se tiene en cuenta la reliquidación, o sea no se tuvo nada en cuenta a favor del trabajador, todo esto es en beneficio de la empresa, entonces para que el honorable tribunal haga análisis, tanto del contrato como de los hechos de la demanda y sea el honorable tribunal quien revoque el fallo proferido por su despacho en su momento oportuno y pues realmente no queda más que decir sobre eso, señora juez.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá las inconformidades señaladas por el recurrente, esto es, lo relativo a la reliquidación, pretendida.

Ahora bien, es importante señalar, que si bien, el apoderado de la apreté actora en su recurso eleva una serie de afirmaciones, como que el actor fue engañado desde la suscripción de su contrato, que nunca le entregaron copia del mismo, que únicamente le entregaron la última hoja, para que fuera firmada y no el documento en su integridad, esta Colegiatura no se pronunciará al respecto, toda vez que revisada la demanda y en general toda la actuación surtida en primera instancia, no se encuentra que estos argumentos fueran objeto de debate probatorio, encontrando que los mismos solo fueron señalados por la parte actora hasta el momento de la interposición del recurso de apelación que hoy se estudia, por lo que al ser hechos nuevos, no pueden ser estudiados en esta alzada.

Así las cosas, se encuentra demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el pasado 16 de marzo de 2015, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el cual culminó con renuncia del actor el pasado 25 de octubre de 2017; así mismo se encuentra demostrado que mediante comunicación del 18 de septiembre de 2015, y en virtud de las recomendaciones médicas, fue reubicado al cargo de AUXILIAR DE PRODUCCIÓN, a partir de esa misma fecha.

Dejando claro lo anterior, encuentra esta Colegiatura que el actor, en su recurso, insiste en que se deben tener en cuenta como factor salarial, el bono reconocido por mera liberalidad, el auxilio de alimentación y el trabajo suplementario.

Para resolver este punto se tiene que existen elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del C.S. del T. y debe analizarse si se reúnen los elementos fácticos que le puedan dar ese carácter, **si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el**

servicio o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador, así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicado SL 7820 de 2014 en donde se rememoró la sentencia 32657 de 2009.

Ahora, no puede pensarse que por el hecho de estipular en el contrato de trabajo que determinado valor no forma parte del salario, con ello basta para que se le reste la naturaleza salarial pues es necesario verificar en cada caso la finalidad que se le daba a dicho pago, sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 39475 de 2012.

En cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta para delimitar qué compone el salario, la misma Corporación en sentencia SL5159 de 2018 señaló:

*“Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. **De esta forma, no son tal, (i)** las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; **(ii)** las prestaciones sociales; **(iii)** el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; **(iv)** las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*

*Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que **el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo***

prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

*De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. **Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.***”

Y más adelante en la misma providencia se dijo en cuanto a los pactos de exclusión salarial lo siguiente:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

*La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que **esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»** (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).*

*Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), **no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.** Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.”*

Frente a la carga de la prueba, tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL 7820-2014 y SL 435-2019, lo siguiente:

“En efecto, al referirse sobre a quién le corresponde probar el carácter salarial de un beneficio, la Sala ha precisado:

*De lo anterior se sigue que **para efectos de reconocer un pago como salario debe estar definido que este se hace como contraprestación directa del servicio, condición que debe probar la parte que aspira a que se le dé esta connotación**, pues, de lo contrario, no resultará próspera su pretensión. Para tener éxito en esta causa, la parte interesada deberá acreditar no solo que, en efecto, se recibió el pago por el trabajador, sino también el origen de este, así como las condiciones y términos requeridos para su reconocimiento (CSJ SL7820-2014)*”.

Pues bien, relación con el bono por mera liberalidad y el auxilio de alimentación, es necesario remitirse al texto del contrato de trabajo, el cual reza:

“PARÁGRAFO 4: En desarrollo de lo acordado en esta cláusula, el empleador pagará al trabajador los siguientes beneficios. A) Por mera liberalidad del empleador, se reconocerá al trabajador mensualmente una bonificación o incentivo, condicionado al desempeño del grupo o equipo al cual pertenezca el trabajador, siendo posible que la obtenga al 100% de CIENTO TREINTA Y TRES MIL PESOSM/CTE (\$133.000), en un porcentaje menor e incluso a no llegar a merecerla en porcentaje alguno, pues la misma está sujeta al cumplimiento de metas, objetivos, comportamiento disciplinario, cuidado de los vehículos, cumplimiento de normas, etc. del grupo. B) La empresa pagará mensualmente al trabajador un auxilio de alimentación mismo que no tiene origen en la prestación del servicio, sino que se otorga solo para colaborarle al trabajador en los costos básicos de su manutención y la de su familia.”

Igualmente, de la prueba documental allegada por las partes se puede evidenciar que el actor, laboró al servicio de la demandada desde el 16 de marzo de 2015 y hasta el 25 de octubre de 2017, y que solamente recibió el denominado bono por mera liberalidad para los meses de abril a septiembre del año 2015, sin que obre prueba que evidencie un pago posterior atribuible a este concepto.

Lo anterior, se acompasa con la reubicación realizada al actor en el mes de septiembre de 2015, ya que al momento de dicha reubicación se le indicó que, en virtud de la misma, se le cancelaría su salario

habitual, así como el auxilio de alimentación, el cual se encontraba pactado desde el inicio de la relación laboral.

Así las cosas, y en cuanto a estas bonificaciones, esta Sala encuentra acertada la decisión adoptada por la juez de primer grado, ya que se debe verificar cada caso en específico y establecer si la parte actora demostró la incidencia salarial de la misma, encontrando que no cumplió con la carga probatoria necesaria, ya que, en relación con la bonificación de mera liberalidad, éste simplemente no la devengaba y del denominado auxilio de alimentación nada se dijo.

Aunado a lo anterior, existe el pacto de exclusión salarial, el cual se itera, no fue desvirtuado, y además, se encuentra el acta de transacción suscrita entre las partes, la cual tiene total validez en los términos señalados por la Juez de primera instancia, (decisión que no fue objeto de reproche por el recurrente), y en la que resolvieron cualquier tipo de diferencia que se pudiera generar.

Finalmente y en relación con el trabajo suplementario, también se encuentra acertada la decisión de primera instancia, ya que, le correspondía al demandante acreditar la jornada laboral que alega, conforme lo señalan las reglas sobre el régimen probatorio contemplado en el artículo 167 del C.G.P., esto es allegando las pruebas conducentes y pertinentes, para llevar a esta Sala a la certeza de sus afirmaciones, sin que en el expediente obre prueba de las mismas, y contrario a ello se encuentra demostrado con los comprobantes de pago, que la demandada, canceló estos conceptos durante los meses de abril a agosto de 2015, sin que se demostrara que se causaron otras con posterioridad.

Por lo anterior, se habrá de confirmar en su integridad la decisión objeto de estudio.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUISSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15-2016-320-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SALUD TOTAL EPS S.A.

DEMANDADO: LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de ADRES a la Dra. Angie Katherine Pineda Rincón identificada con c.c. 1.020.766.170 y T.P. 288.118 del C.S. de la J.

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS SAS GRUPO ASESORIA EN SISTEMATIZACION DE DATOS-GRUPO ASD SAS y SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO-SERVIS SAS sociedades integrantes de la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y/O UNION TEMPORAL FOSYGA 2014, a la Dra. Martha Lucía Maldonado Murillo identificada con c.c. 1.053.333.369 y T.P. 234.263 del C.S. de la J.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

Previo a dictar la sentencia correspondiente, se tiene que a folio 601 la apoderada de **la parte actora presenta desistimiento** de las pretensiones formuladas en contra de CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS SAS

GRUPO ASESORIA EN SISTEMATIZACION DE DATOS-GRUPO ASD SAS y SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO-SERVIS SAS sociedades integrantes de la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y/O UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 y además pide se termine el proceso en su contra y sin condena en costas.

Al respecto se tiene que el art. 314 del C.G. del P. dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. *El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.*

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él...”

Por su parte el art. 316 ibídem indica:

“ARTÍCULO 316. DESISTIMIENTO DE CIERTOS ACTOS PROCESALES. *Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas...*

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

1. Cuando las partes así lo convengan.

2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido...

Con lo anterior encuentra la Sala que debido a que la apoderada de la parte actora tiene la facultad de desistir conforme el poder obrante a folio 1 a 2 del expediente, **se acepta el desistimiento** de las pretensiones de la

demanda en contra de CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS SAS GRUPO ASESORIA EN SISTEMATIZACION DE DATOS-GRUPO ASD SAS y SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO-SERVIS SAS sociedades integrantes de la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y/O UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 y se declara terminado el presente proceso en los términos solicitados.

SIN CONDENA en costas.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de mayo de 2019 proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la Unión Temporal, Salud Total y la ADRES.

ANTECEDENTES

Solicita la parte actora se condene por Recobros de “medicamentos, insumos, procedimientos y transportes” no incluidos dentro del plan de beneficios vigente para la prestación del servicio; sin embargo, que fueron devuelto con glosas administrativas, siendo suministrados por la entidad atendiendo los fallos de tutela proferidos por jueces de la República y/o comité Técnico Científicos, no siendo cubiertos por la UPC, a través del proceso de compensación, por valor de \$76.837.280, gestión Administrativa que corresponde al 10% de los recobros NO POS, intereses moratorios, indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis, que la EPS ha suministrado en cumplimiento a órdenes de tutela o por decisiones del Comité

Técnico Científico a los afiliados, una serie de medicamentos, insumos, procedimiento, transportes, los cuales se encuentran excluidos del POS y al ser reclamados las demandadas se han negado a pagarlos. (fl.5 vuelto)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y la genérica. (fl.139)

El **CONSORCIO SAYP 2011 EN LIQUIDACION conformado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y FIDUCOLDEX S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho 1 y en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción. (fl.162)

La **ADMINISTRACION DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica. (fl.218)

La **UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho, prescripción y la de improcedencia de intereses moratorios. (fl.245)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió condenar a la ADRES a pagar a la EPS la suma de \$70.937.280 por concepto de medicamentos, suministros y procedimientos realizados a sus usuarios, condenó al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de proferir la sentencia y hasta que se pague

la condena y absolvió a las demás demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

Señaló en síntesis que los recobros identificados con los números 2578446, 25784046, 25800968 y 258009668 debían negarse por cuanto o no estaban incluidos los procedimientos, insumos, etc... en los fallos de tutela o en las decisiones tomadas por el Comité Técnico Científico, que en cuanto a los demás sí procedía su pago.

Frente a los gastos administrativos, este Despacho se encuentra imposibilitado para ordenar un porcentaje que solo se paga a través de la UPC, misma que no puede ser cancelada en los recobros ya que por esencia los mismos se originan en tecnologías que no están financiadas por dicha unidad, lo cual conduce necesariamente a absolver a la demandada de la presente pretensión, máxime cuando nuestro ordenamiento consagra otros mecanismos compensatorios del no pago oportuno de sumas dinerarias, tal y como es el caso de los intereses moratorios, pretensión a cuyo estudio pasa el Despacho.

Con relación a los intereses moratorios, toda vez que la precitada norma remite al interés moratorio establecido para los tributos administrados por la DIAN, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016 el cual modificó el artículo 635 del Estatuto Tributario, fijando que la tasa de interés moratorio respecto de las obligaciones administradas por la DIAN será el equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo, menos dos (2) puntos.

Por lo se condenará a la demandada a reconocer y pagar al demandante, los intereses moratorios a partir de la prestación del servicio, hasta el momento del pago, teniendo como capital la suma de \$70 millones y pico, los cuales se fijaran teniendo en cuenta que solo hasta el día de hoy se define lo correspondiente a ese asunto, se condenan desde la fecha en que se profiere la sentencia hasta el momento efectivo de pago.

Frente a indexación no procede doble condena pues ya se condenó por intereses moratorios.

Y en cuanto a las demandadas, señaló que conforme a lo expuesto no existía responsabilidad a cargo de nadie más que de la ADRES.

RECURSOS DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Gracias, señor juez. Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, el cual versara sobre dos puntos específicos: el

primero de ellos tiene que ver con parte de los recobros que no fueron reconocidos en esta instancia, específicamente los siguientes recobros: con el número de radicado 25784046 el siguiente que también tiene el mismo número de radicado y que corresponden a transporte especial redondo recorrido dentro de Bogotá e intermunicipal Chía teletón de servicios por valor de \$1.520.000 y \$80.000 e igualmente el recobro con radicado número 25813086, igualmente por el mismo concepto por valor de \$1.000.000 aunque corresponde a un usuario diferente. Solamente respecto de estos 3 recobros interpongo recurso de apelación teniendo en cuenta que los mismos si bien fueron negados porque en el fallo de tutela no se concede de manera expresa o no se ordena de manera expresa a salud total el reconocimiento del transporte intermunicipal, no es menos cierto que en el mismo fallo que fue allegado al despacho en medio magnético y que el mismo señor juez realizó la lectura se refiere en sus apartes a que salud total debe garantizar a estos usuarios dentro del término de las 48 horas siguientes, entre algunos servicios que si detalla de manera específica y posteriormente señala así como los elementos necesarios y las terapias requeridas para lograr que el menor tenga un mejor desarrollo personal, familiar y social por el tiempo requerido, esos servicios de transporte, como se encuentra sustentando en la misma historia clínica y en los demás soportes allegados son servicios de transporte que se debieron garantizar a menores con estado de discapacidad para el transporte de su vivienda a las ips para la prestación de los servicios que allí requería, terapias y consultas, quiere decir ello que dentro de esa orden que expide el juez de tutela de garantizar todos los servicios que requiera el menor o estos menores para mejorar el desarrollo de sus condiciones personales y familiares, se encuentra ese servicio que se prestó, servicio que no se encuentra incluido dentro del pos como incluso pues ya se aceptó en algunos otros recursos que si versaban sobre transporte y que el fallo si lo tenía de manera específica, lo que podría incluso entenderse como que estos fallos de estos tres recursos específicos se considerarían como unos fallos de tratamiento integral, por lo que consideramos que estos si deben ser reconocidos y ordenados a favor de la eps. Respecto de los otros dos recobros que no se reconocen, concernientes a alojamientos, sobre los mismos no va a versar recurso de apelación por estar de acuerdo con esta decisión y el segundo punto sobre el cual se interpone recurso de apelación es respecto de la condena en intereses moratorios, con los cuales no se comparte en el sentido que se señala que los intereses o la condena en intereses se hacen desde la sentencia, entendiéndose que sería desde que esta quede ejecutoriada hasta el pago de la misma, no se comparte este argumento en el entendido que la sentencia, consideramos que la misma no es constitutiva de un derecho si no declarativa del mismo, teniendo en cuenta que las mismas normas que citó el despacho para al inicio del fallo regulan cual es el trámite de recobros y consagran unos tiempos en los cuales una vez se radica la solicitud de recobro el administrador fiduciario o el fosyga o quien haga sus veces, hoy en día representado por la adres, tiene para hacer el estudio de la preauditoria, la auditoria y cuando los aprueba hacer el pago del mismo, sin embargo, como se pudo evidenciar aquí en casi que el 96% aproximadamente de los recobros reconocidos por este despacho, las glosas que impuso el administrador fiduciario o la entidad auditora no se encontraban o no eran glosas que fuesen validas, son glosas que con los mismos soportes se podía sustentar que los servicios en efecto si cumplían con los requisitos para efectuar estos recobros, por lo que estas debieron ser reconocidas desde el mismo momento en que fueron presentadas con los soportes allí allegados, razón por la cual consideramos de manera principal para el recurso de apelación que los intereses moratorios deberían ser ordenados

desde la fecha en que debía reconocerse y pagarse por parte de adre estos valores por parte de adre y no desde la ejecutoria de la sentencia. Y de manera subsidiaria, en caso que se considere, que los intereses moratorios proceden desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, pues lo que tiene que ver con la fecha de la radicación y la fecha en que debieron haber sido reconocidos y pagados y la fecha de la sentencia, resultaría entonces igualmente procedente el reconocimiento de la indexación, teniendo en cuenta que si bien la indexación y los intereses moratorios pueden ser excluyentes conforme ya lo han señalado las altas cortes a título de sanción, pues no es menos cierto que para el caso particular no serían excluyentes teniendo en cuenta que en tiempo las mismas aplicarían de manera diferente, la indexación desde el momento en que debieron haber sido reconocidos y pagados estas glosas injustificadas hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha del pago. En esos términos, señor juez, dejo sustentado el recurso de apelación solicitando que el mismo sea concedido y remitido el expediente al superior jerárquico para que se haga la revocatoria parcial de la sentencia en los puntos que se han mencionado. Muchas gracias.

ADRES

Gracias su señoría. Pues escuchado el sentido del fallo y las consideraciones del despacho, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que será expuesto de la siguiente manera: respecto al primer punto abordado por el despacho cuando hablaba de la prescripción, es pertinente indicar que de acuerdo a lo decidido por el tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, que manifestó que para los recobros y las reclamaciones existe una normatividad propia que imposibilita al juez laboral de hacer indecidibilidad de las normas, aplicando solo lo que le favorece a la parte demandante, se trae a colación la sentencia proferida por este tribunal donde fue ponente la señora magistrada Marleny Rueda Olarte en el proceso 11001310501220140042101 del 14 de noviembre de 2017, donde la corporación concluyó que el artículo 122 del decreto 019 de 2012 reglamentado por el decreto 1865 de 2012 y desarrollado por la resolución del ministerio de salud 2977 de 2012, se establece que el procedimiento para saneamiento de cuentas por recobro, se estipula el término de caducidad que contempla la ley para la reparación directa, que es de 2 años tal como señala el juez de primera instancia. Dicha norma aplicada por el juez con la que se encuentra inconforme la parte actora para la sala aplica en este específico caso es de dos años, pues no puede darse el tratamiento de un proceso ordinario, dado que en virtud de la decisión del consejo superior de la judicatura la que alude el juez, este tema fue asignado a la jurisdicción laboral ordinaria para ser tramitado como un proceso ordinario pero deben aplicarse las normas expresas que existan para este tipo de recobros; es decir, desde esta óptica y aplicando esta prescripción especial que habla la providencia traída a colación, aquellos recobros que hayan sido notificados con anterioridad al 21 de junio de 2014 se encontrarían bajo esa figura, es decir, casi todos se encontrarían prescritos. Ahora, es necesario indicar frente a las tecnológicas en salud recobradas que no coinciden con lo ordenado en el fallo de tutela o con el ctc que el artículo 4 de la resolución 458 de 2013 establece cuales son aquellos requisitos o condiciones que deben allegar las eps para ese pago, del mismo modo, es imperante hacer hincapié en aquellas tecnologías en salud que se han recobrado cuando ya han sido canceladas,

tratándose de enfermedades laborales o estando amparadas por pólizas de soat como es la gran mayoría de este caso, debe aclararse que en primer lugar se debe distinguir entre reclamaciones y recobros porque la primera hace referencia a las solicitudes que se realicen con cargo a la sub cuenta del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del fondo de solidaridad y garantía que trata sobre los riesgos derivados de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito por vehículos no identificados, eventos catastróficos y terroristas, mientras los segundos tratan sobre recobros realizados por prestaciones no incluidos en el plan de beneficios de salud. En consecuencia se observa en primer lugar que aquellos recobros que versen sobre prestaciones relacionadas con accidentes de tránsito o por vehículos no identificados, se encuentran mal tramitados debido a que son reclamaciones y no recobros, aclarado lo anterior, se observa que el decreto 3990 de 2007 estipuló que la prestación del servicio de salud ocasionado por accidentes de tránsito debe ser asumido en primer lugar por el soat y una vez agotados los topes del mencionado seguro, serán asumidos por la subcuenta del ecat fosyga hasta 300 salarios mínimos legales. Es de resaltar que en este caso la eps tramita a través de recobro unas prestaciones que debían surtir el trámite de reclamaciones, existiendo una póliza que cubría los servicios y alegando el cumplimiento de un fallo de tutela, esta es una práctica que desfinancia el sistema de salud pues pierde la esencia el sistema de aseguramiento del estado y no habría una razón de ser para el soat. Ahora, respecto a las enfermedades profesionales es necesario tener en cuenta que de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 776 de 2002, las administradoras de riesgos laborales son las encargadas de prestar la atención médica y de rehabilitación a los trabajadores que sufran accidentes o se enfermen por causas propias de su trabajo, es decir, que en aquellos casos donde las tutelas ampararon ese tipo de atención o de tecnologías en salud debían ser analizadas desde la integralidad misma de la atención de la patología y del origen de la patología, no solamente frente a la atención en si si no de dónde provenía, que es el mismo caso del soat. Ahora, frente a los requisitos que adolecen las facturas presentadas, el artículo 6 de la resolución 458 de 2013 habla de los requisitos específicos para la factura de venta o documento equivalente y establece cuales son, y en vista que todas las normas que regulan esa materia nos remiten al estatuto tributario, deberá tenerse en cuenta lo que se menciona al respecto en el artículo 617 que evidentemente según las glosas impuestas no se cumplían. Ahora, hay que hacer alusión frente a los fallos de tutela que no se presentaron para el momento de la radicación, no puede ser procedente un pago cuando no se allega el fallo de tutela en el momento de la presentación del recobro, entonces es necesario hacer alusión a los requisitos de que trata la resolución 458 de 2013 en lo que tiene que ver a la presentación de los documentos, a las entregas de los medicamentos, al contenido del acta de comité técnico científico, pues en algunos no se identifica el medicamento autorizado si no simplemente se hizo alusión al fallo de tutela que ordenaba la prestación del servicio y la entrega del medicamento sin evidenciar en su conjunto la prestación que se estaba obligando a pagar. Ahora, frente a los recobros que hacía en relación con la base de datos única de afiliados veduda, esta base contiene información de afiliados plenamente identificados de distintos regímenes, esta se rige bajo un marco normativo que se encuentra en la resolución 4622 del 2016 por la cual se establece el reporte de los datos de afiliación, y es necesario traer a colación el decreto 1703 de 2002 que establece en el artículo 31: que las entidades promotoras de salud y las de regímenes de excepción al momento de recibir una nueva solicitud de afiliación o traslado, bien sea en

calidad de beneficiario o cotizante, deberán consultar la base de datos de afiliados de la superintendencia nacional de salud u otra dispuesta por el ministerio de salud, con el fin de constatar que el solicitante y los miembros de su grupo familiar no tenían registradas otra u otras afiliaciones al sistema. Del mismo modo, debían verificarse la prestación de los servicios que se daba obedecía a pacientes que ya habían fallecido. Ahora, frente a los intereses moratorios, el tribunal superior de Bogotá, la sala laboral de descongestión, mediante sentencia del 31 de mayo de 2003, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación incoado por sanitas eps en un proceso ordinario laboral por recobros contra el ministerio de salud, aludió que al tratarse de circunstancias no previstas por el legislador, esto es, de las prestaciones en salud no incluidas en plan de beneficios, no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues al fosyga no le pueden ser aplicadas medidas sancionatorias que legalmente resultan aplicables a los eventos de reconocimiento de prestaciones asistenciales que si están inmersas en dicho plan; al respecto sostuvo que de conformidad con lo expuesto en el fallo, fácilmente se puede observar que como bien lo señaló el ad quo, dicha normatividad aplica respecto del pago o giros de recursos correspondientes a las diferentes cuentas del fosyga, quien además realizará el pago de los recobros a la eps por el suministro de prestaciones que no se encuentren incluidas en el pos, que fueron precisamente autorizadas por los comités técnicos científicos ordenadas a través de fallos de los jueces de la república en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de los innumerables fallos de tutela, por lo que considera esta colegiatura que los presupuestos normativos bajo los cuales está cimentada la demanda o están acordes con el sentido que debe darse en la normatividad anteriormente señalada, por cuanto dicha normatividad no admite aplicación analógica como lo pretende el demandante. Y es que si se mira con atención el decreto 1281 de 2002 por medio del cual se expidieron las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, dicha normatividad tuvo una razón de ser y no es otra distinta a la facultad extraordinaria que dispuso el congreso a través de la ley 715 de 2001 para que el presidente en el término de 6 meses expidiera normas encaminadas a regular los flujos de caja, la utilización oportuna del sector salud y la utilización de la prestación del servicio a la población del país. Prestaciones esta que vale la pena decir, se encuentra bajo la titularidad de la eps y la ips, y entonces si se atiende al contenido de esta norma en un artículo aislado, se alude en materia monetaria a estos dineros, a los rendimientos financieros por cotizaciones, a reintegro de los recursos apropiados reconocidos sin justa causa y es importante hacer aclaración que el fosyga, hoy adres, en el contexto de esta norma, solo funge como el ente que detecta que hay una apropiación sin justa causa y debe ser el responsable de ordenar el reintegro respectivo, mas no se menciona en la norma que el fosyga realice alguna apropiación de recursos. En concordancia con esta normatividad, el artículo 4 dice que el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro, o sea los ingresos por cotización de las eps y demás entidades llamadas a compensar, causaran intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos y dispone de qué manera proceden esos intereses. Al no aludirse en forma taxativa la aplicación de términos para el pago de recobros, mal haría el operador judicial en proferir una condena que la ley no le autoriza, máxime cuando están en riesgo recursos del sistema general de seguridad social en salud; sobre este punto, el honorable tribunal administrativo de Cundinamarca en sección tercera, con ponencia del doctor Carlos Alberto Vargas Bautista en sentencia del 20 de junio de 2013, dentro del radicado 200910007, demandante eps

sanitas, donde fue demandado el ministerio de protección social, adujo: teniendo en cuenta lo anterior, en concreto la lectura y el análisis del decreto 1281 de 2002, advierte la sala que en el mismo no se establece un término para el pago de la cuenta de recobro, una vez son presentadas ante el administrador fiduciario del fosyga ni tampoco que con ocasión a un pago extemporáneo de la cuenta de recobro de la eps tenga derecho a que se le reconozca por retardo en el pago de unos intereses moratorios, pues el artículo 4 del decreto en mención, únicamente hace referencia a la generación de dichos intereses en caso de que se incumplan los términos previstos en el decreto, y dado que en dicha normatividad no se establece el termino con el que cuenta el fosyga para pagar el recobro, estaríamos ante un vacío legal toda vez que las resoluciones que regulan el procedimiento y pago de las solicitudes de recobro no se establece nada respecto de la generación de intereses moratorios por incumplimiento de esos términos; por lo anterior, para la sala resulta claro que no se les podría atribuir una omisión a las demandadas por el incumplimiento de sus deberes como lo alega la parte actora al pagar tardíamente los recobros sin reconocerse intereses moratorios, toda vez que no existe norma expresa que imponga dicha obligación a las demandadas como precedentemente se señalaba. Así las cosas, debe observarse que las normas taxativas y aplicables para el recobro, como la resolución 3099 de 2008, en manera alguna alude al reconocimiento y pago de intereses de mora con cargo a los recursos del entonces fosyga, razón por la cual se sustenta entonces su improcedencia. Finalmente conviene recordar que es un principio general del derecho que las disposiciones sancionatorias son de interpretación restrictiva y por ello no admiten aplicación analógica respecto de casos no contemplados en ellas, por lo que en consecuencia no resulta procedente aplicar los intereses a cobros del fosyga por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el pos con cargo de la upc. De este modo queda sustentado mi recurso su señoría, muchas gracias.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en los recursos encontrando como puntos de reproche, **i)** derecho a la condena de recobros e improcedencia de la absolución de recobros impuesta por el juez a quo **ii)** procedencia de intereses moratorios **iii)** prescripción.

Pues bien, para resolver el primer problema jurídico, sea lo primero señalar que el **art. 48 de la Constitución Política** señala que tanto la salud como la seguridad social son servicios públicos que se prestarán bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por su parte, la **Ley 100 de 1993** reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Colombia y de acuerdo con lo establecido en el **art. 182** de la misma

normatividad, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS para cada afiliado, el Sistema reconoce a cada EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación UPC, que en últimas viene siendo el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del POS por parte de la EPS, en otras palabras, su objetivo es financiar en su totalidad la ejecución del POS.

El **literal f) del artículo 156 de la precitada Ley 100**, prevé la forma en que son financiadas las EPS para garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados según los parámetros del POS, financiación que garantiza el ente estatal a través, como se dijo, de la denominada unidad de pago por capitación - UPC, y de no encontrarse los medicamentos o tecnologías requeridos por los usuarios del sistema de salud incluidos en el POS, su valor debía ser reconocido por el Fondo De Solidaridad y Garantía –FOSYGA.

En este asunto se pretende obtener el reconocimiento y pago de unos recobros causados en los años 2011-2013, motivo por el cual pertinente resulta tener en cuenta lo establecido en el **artículo 21 de la ley 1127 de 2007** que dispone:

*“Art. 21: Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, **las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social.** La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social. (...)”*

Por su parte, el Ministerio de Salud con la **Resolución No 003047 de 2008** fijó en su artículo 12 que en el Anexo Técnico No 5 de dicho Acto Administrativo se precisarían los soportes que debían anexarse a las facturas, para cada caso en concreto: Consultas ambulatorias, Servicios Odontológicos Ambulatorios, Exámenes de laboratorio, imágenes y otras ayudas diagnósticas ambulatorias, procedimientos terapéuticos ambulatorios, medicamentos de uso ambulatorio, atención inicial de urgencias, atención de urgencias, servicios de internación o cirugía, ambulancia, honorarios profesionales.

En igual sentido, la **Resolución 4331 del 21 de diciembre de 2012** del Ministerio de Salud y Protección Social adicionó y modificó parcialmente la anterior resolución y la número 416 de 2009, en el sentido que todas las facturas deberán tener su soporte para el pago efectivo.

De suerte que una vez presentada la factura con los soportes a que se refiere el anexo técnico 5 de la Resolución 3047 de 2008, darán lugar, bien a que se efectúe el pago de la obligación, o a que la entidad deudora presente dentro de los términos y oportunidades previstos en la ley las objeciones correspondientes a través de las respectivas Glosas.

Fue entonces como con **la Ley 1753 de 2015 art. 66** se creó la entidad que pasó a administrar toda actividad desempeñada por el Fosyga, es decir, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, entidad cuya principal función consiste en garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del SG-SSS conforme lo dispuesto en el Decreto 2265 de 2017 el cual modificó al Decreto 780 de 2016, asumiendo entonces actualmente el pago de los recobros en virtud de la Resolución 1085 del 10 de mayo, 2438 del 12 de junio y la 2497 de 29 de diciembre todas del 2018 expedidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Descendiendo al caso objeto de estudio, observa la Sala que la EPS accionante pretende el cobro de 85 facturas por servicios prestados a sus afiliados a raíz de fallos de tutela, o por decisiones del Comité Técnico Científico, los cuales son:

	Radicado_Fosyga	Servicio	Fecha prestación del servicio	Fecha de Radicación Fosyga	Fecha de Notificación Fosyga	Valor
1	25678943	(CMD 10)-IMATINIB TABLETAS O CAPSULA - 100 MG -(2482440)	04/03/2013	15/04/2013	18/06/2013	\$ 886.960
2	25692151	(CMD 30)-SPIRIVA (POLVO PARA INHALACION) CAPSULA 18 MCG-(BROMURO DE TIOTROPIO MONOHIDRATO 22.5MCG EQ)	15/03/2012	15/04/2013	18/06/2013	\$ 102.090
3	25765440	PAÑAL DESECHABLE HUGGIES NATURAL CARE ETAPA 4	02/05/2012	05/06/2013	15/08/2013	\$ 174.720
4	25784046	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	31/01/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 1.520.000
5	25784046	TRANSPORTE INTERMUNICIPAL REDONDO CON DESTINOS BOGOTA A MUNICIPIOS CUNDINAMARCA	31/01/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 80.000
6	25784091	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 500 MG	21/12/2012	12/06/2013	15/08/2013	\$ 241.920

Proceso Ordinario Laboral No. 15-2016-320-01 Dte: SALUD TOTAL EPS S.A Ddo.: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y OTROS

7	25784515	TRANSPORTE INTERMUNICIPAL REDONDO CON DESTINOS BOGOTA A MUNICIPIOS CUNDINAMARCA	22/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 720.000
8	25800915	(CMD 4)-INTERFERON BETA 1A RECOMBINANTE HUMANO (44MCG) CARTUCHO PRELLENADO MULTIDOSIS (3 APLIC) SOLUCION INYECTABLE 12 MUI/0.5 ML	26/04/2013	14/06/2013	15/08/2013	\$ 2.976.920
9	25800916	(CMD 28)-FAMPRIDINE TABLETA DE LIBERACION PROLONGADA 10 MG	05/03/2013	14/06/2013	15/08/2013	\$ 2.795.464
10	25800968	ALOJAMIENTO ALBERGUE (DIA)	09/07/2012	12/06/2013	15/08/2013	\$ 1.560.000
11	25800968	ALOJAMIENTO ALBERGUE ACOMPAÑANTE (DIA)	09/07/2012	12/06/2013	15/08/2013	\$ 1.740.000
12	25813084	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	27/03/2013	17/06/2013	15/08/2013	\$ 1.640.000
13	25813086	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	22/03/2013	17/06/2013	15/08/2013	\$ 1.000.000
14	25813744	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	21/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 960.000
15	25825634	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	13/06/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 102.240
16	25825635	(CMD 21) PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	08/08/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 186.000
17	25825671	NATURET (EQ. 80MG/100G) JALEA 400 MG / 260 G - (HOJAS DE SEN)	26/09/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 137.744
18	25891494	(CMD 28)-TADALAFIL TABLETA RECUBIERTA 5 MG	09/05/2013	02/08/2013	18/10/2013	\$ 225.904
19	25907571	CORONA METAL CERAMICA (PROCEDIMIENTO NO POS)	27/12/2012	09/08/2013	18/10/2013	\$ 1.100.000
20	25907571	RETIRO DE CORONAS COMPLETAS (PROCEDIMIENTO NO POS)	27/12/2012	09/08/2013	18/10/2013	\$ 120.000
21	25907571	TEMPORAL DE TERMOCURADO	27/12/2012	09/08/2013	18/10/2013	\$ 140.000
22	25955330	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 500 MG	10/06/2011	15/08/2013	18/10/2013	\$ 216.000
23	26036059	BOLSA COLOSTOMIA 70 MM ADULTO - UNIDAD	01/10/2012	16/09/2013	20/11/2013	\$ 89.500
24	26193907	CREMA MARLY CREMA 400 G / 1 FRASCO	23/07/2013	05/12/2013	27/03/2014	\$ 70.911
25	26252757	(CMD 50)PAÑITOS HUMEDOS	28/10/2013	16/12/2013	27/03/2014	\$ 35.380
26	54343669	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	11/02/2013	10/04/2013	18/06/2013	\$ 488.777
27	54344276	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	08/01/2013	10/04/2013	18/06/2013	\$ 484.086
28	54351847	(CMD 20)-PILOCARPINA TABLETA 5 MG	17/11/2011	11/04/2013	18/06/2013	\$ 340.115
29	54442953	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	14/02/2013	15/04/2013	18/06/2013	\$ 244.293
30	54819032	FETOSCOPIA	09/01/2013	05/06/2013	15/08/2013	\$ 13.905.000
31	54820166	DOMPERIDONA (100MG/100ML) EQ A SUSPENSION ORAL 1 MG/ML/60 ML	20/12/2012	05/06/2013	15/08/2013	\$ 60.426
32	54820166	FORMULA LACTEA ANTIALERGICA PROTEINAS/AMINOACIDOS/ ACIDO GRASOS POLINSATURADOS DHA Y ARA POLVO PARA RECONSTITUIR LATA/400 G	20/12/2012	05/06/2013	15/08/2013	\$ 192.625
33	54820166	HIDRATO DE CLORAL JARABE 2.9% /2ML	20/12/2012	05/06/2013	15/08/2013	\$ 2.886
34	54820166	RANITIDINA CLORHIDRATO JARABE 150MG/10ML / 150 ML	20/12/2012	05/06/2013	15/08/2013	\$ 79.185
35	54820166	TOBRAMICINA SOLUCION OFTALMICA 0.3 %/5 ML	20/12/2012	05/06/2013	15/08/2013	\$ 50.577
36	54945241	ALIMENTACION ESPECIALIZADA PARA PACIENTES CON INTOLERANCIA A LA GLUCOSA SUSPENSION ORAL LATA/237 ML	11/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 151.232
37	54945241	ALIMENTO ESPECIAL SABOR VAINILLA (CONTENIDO APROX 8 OZ) LIQUIDO ORAL /250 ML	11/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 1.074.400
38	54945243	VASOPRESINA AMPOLLA SOLUCION INYECTABLE 20 UI/ML	20/02/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 2.459.936
39	54948857	DEXMEDETOMIDINA SOLUCION INYECTABLE 100 MCG/ML/2 ML	15/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 445.890
40	54948857	FUMARATO DE QUETIAPINA TABLETA 25 MG	15/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 5.126
	54948857	PEPTIDO NATRIURETICO TIPO B (BNP)	15/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 5.400

Proceso Ordinario Laboral No. 15-2016-320-01 Dte: SALUD TOTAL EPS S.A Ddo.: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y OTROS

41						
42	54948857	PROTEINAS/GRASAS/POLISACARIDO S EMULSION ORAL /1.5 L	15/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 48.381
43	54948857	SALMETEROL+FLUTICASONA POLVO PARA INHALACION 50+500 MCG/60 DOSIS	15/03/2013	12/06/2013	15/08/2013	\$ 134.280
44	55044041	PROTEINAS+CARBOHIDRATOS+GRASAS+FRUCTOSA+POLISAC. LIQUIDO ORAL 8 OZ (237 ML)	25/11/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 603.764
45	55045783	ACIDO HIPOCLOROSO LIQUIDA FRASCO 0.46%/500 ML	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 116.080
46	55045783	ALIMENTACION ESPECIALIZADA PARA PACIENTES CON INTOLERANCIA A LA GLUCOSA SUSPENSION ORAL LATA/237 ML	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 2.130.000
47	55045783	ALIMENTO ESPECIAL NUTRICIONAL VIA ORAL O Sonda PACIENTES CON PROBLEMAS GASTROINTESTINALES POLVO PARA RECONSTITUIR SOBRE/76 G	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 582.096
48	55045783	CEFTAZIDIMA PENTAHIDRATO SOLUCION INYECTABLE 1 G	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 2.712.100
49	55045783	COLAGENASA UNGUENTO 80 UI/20 G	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 708.360
50	55045783	L-GLUTAMINA/MALTODEXTRINA/L-REUTERI (10.000 MILLON CFU) POLVO PARA RECONSTITUIR A SUSP. ORAL 10+5 G/15 G	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 830.012
51	55045783	PENTOXIFILINA TABLETA 400 MG	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 404.038
52	55045783	POLIMIXINA B POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 500000 UI/10 ML	20/12/2012	17/06/2013	15/08/2013	\$ 868.560
53	55307547	(CMD 14)-ROTIGOTINA SISTEMA TRANSDERMICO 9 MG (LIBERA 4MG DE RIGOTINA EN 24H)	04/01/2013	12/07/2013	12/09/2013	\$ 291.488
54	55346005	ANGIOTAC DE TORAX INCLUYE RECONSTRUCCION TRIDIM Y MEDIO DE CONTRASTE- (879301)	04/05/2013	15/07/2013	12/09/2013	\$ 287.300
55	55371746	ATAZANAVIR CAPSULA 300 MG	13/10/2011	16/07/2013	12/09/2013	\$ 584.740
56	55371763	INMUNOGLOBULINA G HUMANA SOLUCION INYECTABLE 10 G/100 ML	19/07/2011	16/07/2013	12/09/2013	\$ 22.325.436
57	55371763	SAL DIMEGLUMINICA DEL ACIDO GADOPENTETICO CORRESPONDIENTES A 7.863G DE GADOLINIO SOLUCION INYECTABLE 46.9 G/ML/100 ML	19/07/2011	16/07/2013	12/09/2013	\$ 165.800
58	56202146	BOLSA COLOSTOMIA 57 MM ADULTO - UNIDAD	08/07/2013	16/09/2013	20/11/2013	\$ 27.272
59	56497900	PROCALCITONINA	10/12/2012	11/10/2013	17/12/2013	\$ 102.342
60	57229075	BARRERA DE COLOSTOMIA FLEXIBLE 57MM	02/03/2013	05/12/2013	27/03/2014	\$ 67.760
61	57281595	BOLSA COLOSTOMIA 57 MM ADULTO - UNIDAD	09/08/2013	09/12/2013	27/03/2014	\$ 27.272
62	95140281	(CMD 30)-PREGABALINA TABLETA Ó CÁPSULA 150 MG	24/05/2011	30/07/2013	12/09/2013	\$ 225.344
63	95140282	(CMD 30)-PREGABALINA TABLETA Ó CÁPSULA 150 MG	14/09/2011	30/07/2013	12/09/2013	\$ 271.824
64	95140283	(CMD 10)-TRAMADOL CLORHIDRATO TABLETA Ó CÁPSULA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 100 MG	22/06/2012	30/07/2013	12/09/2013	\$ 395.340
65	95177814	PROTEINAS DE SOYA+VITAMINAS+MINERALES) POLVO GRANULOS PARA RECONSTITUIR 400 G 400 G	27/07/2011	31/07/2013	12/09/2013	\$ 265.755
66	95188951	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	17/03/2012	20/08/2013	18/10/2013	\$ 405.685
67	95188987	(CMD 5)-LIDOCAINA 5% (PARCHE 14X10CM) PARCHE 700 MG	01/06/2011	20/08/2013	18/10/2013	\$ 357.960
68	95188988	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	20/06/2012	20/08/2013	18/10/2013	\$ 289.775
69	95189039	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/01/2012	20/08/2013	18/10/2013	\$ 369.228
70	95189049	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/06/2012	20/08/2013	18/10/2013	\$ 259.000
71	95189052	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/04/2012	20/08/2013	18/10/2013	\$ 259.000

72	95189054	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	08/11/2011	20/08/2013	18/10/2013	\$ 289.775
73	95224558	LUBRIDERM HUMECTANTE CREMA 400ML FRASCO - (LUBRIDERM HUMECTANTE)	23/12/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 23.390
74	95224576	PROTEINAS DE SOYA+VITAMINAS+MINERALES) POLVO GRANULOS PARA RECONSTITUIR 400 G 400 G	22/10/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 102.213
75	95224875	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	21/12/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 73.818
76	95224907	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	25/07/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 73.818
77	95225322	CARBOXIMETILCELULOSA SODICA SOLUCION OFTALMICA 0.5%/10 ML	18/02/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 43.250
78	95225323	(CMD 30)-PREGABALINA TABLETA O CÁPSULA 150 MG	06/12/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 181.216
79	95225724	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	08/05/2012	28/08/2013	18/10/2013	\$ 405.685
80	95228285	PROTEINAS DE SOYA+VITAMINAS+MINERALES) POLVO GRANULOS PARA RECONSTITUIR 400 G 400 G	29/11/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 102.213
81	95228286	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	18/11/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 73.818
82	95228312	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	25/04/2011	28/08/2013	18/10/2013	\$ 104.995
83	95252657	(CMD 5)-LIDOCAINA 5% (PARCHE 14X10CM) PARCHE 700 MG	25/11/2011	30/08/2013	18/10/2013	\$ 291.030
84	95252820	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	04/05/2012	30/08/2013	18/10/2013	\$ 70.542
85	95254371	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	19/10/2011	30/08/2013	18/10/2013	\$ 73.818

Aduce la accionada que algunos de los anteriores recobros fueron glosados por **extemporaneidad**, y al respecto se tiene que el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 señala que si las solicitudes de recobro no son presentadas de forma oportuna, **no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido**; ésta última disposición fue objeto de estudio de exequibilidad ante la Corte Constitucional quien en sentencia C-510 de 2004 indicó:

*(...) Al respecto la Corte llama la atención sobre el hecho de que el supuesto del que parte la actora solamente se dará si precisamente **pasados seis meses desde** i) “la generación” o ii) “establecimiento de la obligación de pago”, o iii) “de la ocurrencia del evento”, según corresponda, no se ha acudido a la administración para efectuar el cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga.*

La norma obliga en efecto a efectuar las reclamaciones en el término señalado so pena, no de perder el derecho al pago de la obligación de que se trate -el cual podrá obtenerse en todo caso por vía judicial pasado dicho término- sino de la posibilidad de reclamarla por vía administrativa ante el Fosyga.

El objetivo del artículo es el de inducir a quienes tienen derecho a presentar reclamaciones a efectuarlas dentro de un plazo razonable y así facilitar a la administración el manejo de las mismas, al tiempo que se pretende que los recursos

que deba reconocer el Fosyga sean utilizados nuevamente en el menor tiempo posible en el cumplimiento de los objetivos del sistema de seguridad social en salud.

La norma acusada atiende pues claramente al objetivo señalado por el Legislador de regular el flujo de caja de los recursos del sector salud, en este caso los del Fosyga, así como de precaver la apropiación o retención indebidas de los mismos.

De antemano cabe aclarar i) que con el artículo acusado no se está desconociendo la existencia de las obligaciones a cargo del Fosyga pasados los seis meses a que él alude; la disposición solamente establece la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa, y ii) que el término de seis meses a que alude el artículo acusado ha de contarse lógicamente a partir del momento en que la persona o entidad que debe realizar la reclamación está efectivamente en posibilidad de hacerla ante el Fosyga. (...) (Negrilla fuera del texto original)

Sin embargo, como se verá más adelante, el que los recobros hubieren sido presentados fuera del término previsto en la norma citada, lo que impide a la EPS SALUD TOTAL obtener el pago por vía administrativa, la Entidad Promotora puede reclamarlo por vía judicial a través de esta acción y obtener así el pago del servicio prestado al afiliado, siempre y cuando no se encuentren cobijados por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, revisados los soportes de los 85 recobros allegados a través de medio magnético por la parte actora y que reposan a folio 35 del plenario y contrario a lo señalado por el apoderado de la ADRES en la apelación, se tiene que **los mismos procedentes por cuanto reposa en el expediente ya sea el fallo judicial dentro de una acción de tutela o la decisión emitida por el Comité Técnico Científico**, y en donde claramente y una vez revisado minuciosamente cada uno de ellos, se observa que los procedimientos, insumos, medicamentos o transporte a que fue condenada la ADRES, están contenidos en las decisiones ya citadas y fueron suministrados por parte de la EPS a sus afiliados.

Una de las inconformidades de la parte actora en el recurso presentado, radica en que debe condenarse también por las facturas con radicados:

- 25784046 por valor de \$1.520.000 (número 4 en la tabla)
- 25784046 por valor de \$80.000 (número 5 en la tabla)
- 25813086 por valor de \$1.000.000 (número 13 en la tabla)

Al revisar la primera y la segunda, esto es la de **radicado 25784046**, se tiene que lo cobrado es un servicio de “TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA/TELETON”, sin embargo, se dice que la misma se dio a raíz de un fallo de tutela emitido por el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá que resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, solicitados por ADRIANA CAROLINA MARTINEZ MURCIA, quien actúa en representación de su hijo JUAN CARLOS NARANJO MARTINEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SALUD TOTAL, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a ordenar y entregar el suministro de pañales, vitaminas, la silla de rueda, así como los elementos necesarios y las terapias requeridas para lograr que el menor tenga un mejor desarrollo personal, familiar y social por el tiempo por este requerido.”

Como se observa, tal y como lo señaló el juez de primera instancia, **el fallo judicial no ordenó la prestación de algún servicio de transporte** y no puede entenderse, como lo pide el apelante, que se concluya que dentro de “los elementos necesarios” se encuentra incluido el transporte, pues éste es un servicio específico y determinado que debía estar contenido en la parte resolutive de la sentencia, es decir, en la orden dada por el juez constitucional y como así no fue, pues sea de paso mencionar que en la parte considerativa tampoco se incluyó tal servicio, pertinente resulta negar el cobro por el mismo.

Y en cuanto al tercer radicado **25813086**, se tiene que se cobra también un servicio se “TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA/TELETON” y el soporte respectivo es un fallo de tutela emitida por el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá que en la parte resolutive establece:

“SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SALUD TOTAL, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a ordenar y entregar el suministro de pañales, vitaminas, la silla de rueda, así como los elementos necesarios y las terapias requeridas para lograr que el menor tenga un mejor desarrollo personal, familiar y social por el tiempo por este requerido.”

Según ello, no se ordenó tampoco la prestación del servicio de transporte y es por ello que no procede el cobro que ahora presente la EPS SALUD TOTAL al no estar incluido en la orden judicial ya mencionada, se ordena el pago de ciertos insumos y medicamentos como se desprende del texto anterior, más no de un servicio de transporte.

Señala el apoderado de ADRES en la apelación, valga aclarar que de manera general pues no especificó el recobro, su radicado, el valor, o algún otro aspecto, que no debió condenarse a los recobros en donde el afiliado había fallecido, sin embargo se reitera, todas las facturas condenadas por el juez a quo tienen su debido soporte; en los casos en que el afiliado falleció, el servicio efectivamente se prestó y lo que sucedió con posterioridad fue el deceso del afiliado, pero los servicios, insumos, medicamentos, etc, sí fueron prestados por SALUD TOTAL mientras el afiliado estuvo vivo.

En cuanto al argumento de si las enfermedades padecidas por algunos afiliados eran de origen profesional y no común, valga recordar que en estos casos específicos las órdenes fueron dadas por medio de fallos de tutela o decisiones del Comité Técnico Científico para que fueron cumplidas de manera inmediata por la EPS demandante, es decir, no se trata de un proceso o de situaciones en donde esté en discusión el origen de determinada enfermedad y quién debe asumir el pago de determinado servicio, sino que en estos casos específicamente fue dada la orden a la EPS SALUD TOTAL y es por ello que al haberlas cumplido el responsable de cubrir el valor asumido por ello es la Nación en cabeza de la AFRES accionada.

En lo que se refiere a **intereses moratorios**, objeto de apelación por la demandante y la ADRES, se tiene que el **art. 24 del Decreto 4747 de 2007** en concordancia con lo establecido en el **art. 7° del Decreto Ley 1281 de 2002** prescribe que en el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios 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 de 2002 que señala:

“Artículo 7°. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud... Artículo 7°. 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.**”

Con lo anterior, para la Sala **sí procede la condena por este concepto** como consecuencia del no pago de las facturas dentro de las oportunidades debidas, **debiéndose pagar tal rubro no desde la ejecutoria de la sentencia como lo señaló el juez a quo, sino** conforme lo solicita el apoderado de la parte actora en la apelación, esto es, **desde la fecha de radicación de cada una de las facturas que hubieren sido presentadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de prestación del servicio** y que son las que se relacionan a continuación:

	Radicado_Fosyga	Servicio	Fecha prestación del servicio	Fecha de Radicación Fosyga
1	25678943	(CMD 10)-IMATINIB TABLETAS O CAPSULA - 100 MG -(2482440)	04/03/2013	15/04/2013
2	25692151	(CMD 30)-SPIRIVA (POLVO PARA INHALACION) CAPSULA 18 MCG-(BROMURO DE TIOTROPIO MONOHIDRATO 22.5MCG EQ)	15/03/2012	15/04/2013
6	25784091	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 500 MG	21/12/2012	12/06/2013
7	25784515	TRANSPORTE INTERMUNICIPAL REDONDO CON DESTINOS BOGOTA A MUNICIPIOS CUNDINAMARCA	22/03/2013	12/06/2013
8	25800915	(CMD 4)-INTERFERON BETA 1A RECOMBINANTE HUMANO (44MCG) CARTUCHO PRELLENADO MULTIDOSIS (3 APLIC) SOLUCION INYECTABLE 12 MUI/0.5 ML	26/04/2013	14/06/2013

9	25800916	(CMD 28)-FAMPRIDINE TABLETA DE LIBERACION PROLONGADA 10 MG	05/03/2013	14/06/2013
12	25813084	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	27/03/2013	17/06/2013
14	25813744	TRANSPORTE ESPECIAL REDONDO RECORRIDO DENTRO DE BOGOTA E INTERMUNICIPAL CHIA / TELETON	21/12/2012	17/06/2013
18	25891494	(CMD 28)-TADALAFIL TABLETA RECUBIERTA 5 MG	09/05/2013	02/08/2013
24	26193907	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	23/07/2013	05/12/2013
25	26252757	(CMD 50)PAÑITOS HUMEDOS	28/10/2013	16/12/2013
26	54343669	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	11/02/2013	10/04/2013
27	54344276	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	08/01/2013	10/04/2013
29	54442953	LEVETIRACETAM SOLUCION ORAL 100 MG/ML/300 ML	14/02/2013	15/04/2013
30	54819032	FETOSCOPIA	09/01/2013	05/06/2013
31	54820166	DOMPERIDONA (100MG/100ML) EQ A SUSPENSION ORAL 1 MG/ML/60 ML	20/12/2012	05/06/2013
32	54820166	FORMULA LACTEA ANTIALERGICA PROTEINAS/AMINOACIDOS/ACIDO GRASOS POLINSATURADOS DHA Y ARA POLVO PARA RECONSTITUIR LATA/400 G	20/12/2012	05/06/2013
33	54820166	HIDRATO DE CLORAL JARABE 2.9% /2ML	20/12/2012	05/06/2013
34	54820166	RANITIDINA CLORHIDRATO JARABE 150MG/10ML / 150 ML	20/12/2012	05/06/2013
35	54820166	TOBRAMICINA SOLUCION OFTALMICA 0.3 %/5 ML	20/12/2012	05/06/2013
36	54945241	ALIMENTACION ESPECIALIZADA PARA PACIENTES CON INTOLERANCIA A LA GLUCOSA SUSPENSION ORAL LATA/237 ML	11/03/2013	12/06/2013
37	54945241	ALIMENTO ESPECIAL SABOR VAINILLA (CONTENIDO APROX 8 OZ) LIQUIDO ORAL /250 ML	11/03/2013	12/06/2013
38	54945243	VASOPRESINA AMPOLLA SOLUCION INYECTABLE 20 UI/ML	20/02/2013	12/06/2013
39	54948857	DEXMEDETOMIDINA SOLUCION INYECTABLE 100 MCG/ML/2 ML	15/03/2013	12/06/2013
40	54948857	FUMARATO DE QUETIAPINA TABLETA 25 MG	15/03/2013	12/06/2013
41	54948857	PEPTIDO NATRIURETICO TIPO B (BNP)	15/03/2013	12/06/2013
42	54948857	PROTEINAS/GRASAS/POLISACARIDO S EMULSION ORAL /1.5 L	15/03/2013	12/06/2013
43	54948857	SALMETEROL+FLUTICASONA POLVO PARA INHALACION 50+500 MCG/60 DOSIS	15/03/2013	12/06/2013
45	55045783	ACIDO HIPOCLOROSO LIQUIDA FRASCO 0.46%/500 ML	20/12/2012	17/06/2013
46	55045783	ALIMENTACION ESPECIALIZADA PARA PACIENTES CON INTOLERANCIA A LA GLUCOSA SUSPENSION ORAL LATA/237 ML	20/12/2012	17/06/2013
47	55045783	ALIMENTO ESPECIAL NUTRICIONAL VIA ORAL O Sonda PACIENTES CON PROBLEMAS GASTROINTESTINALES POLVO PARA RECONSTITUIR SOBRE/76 G	20/12/2012	17/06/2013
48	55045783	CEFTAZIDIMA PENTAHIDRATO SOLUCION INYECTABLE 1 G	20/12/2012	17/06/2013
49	55045783	COLAGENASA UNGUENTO 80 UI/20 G	20/12/2012	17/06/2013
50	55045783	L-GLUTAMINA/MALTODEXTRINA/L-REUTERI (10.000 MILLON CFU) POLVO PARA RECONSTITUIR A SUSP. ORAL 10+5 G/15 G	20/12/2012	17/06/2013
51	55045783	PENTOXIFILINA TABLETA 400 MG	20/12/2012	17/06/2013
52	55045783	POLIMIXINA B POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 500000 UI/10 ML	20/12/2012	17/06/2013
54	55346005	ANGIOTAC DE TORAX INCLUYE RECONSTRUCCION TRIDIM Y MEDIO DE CONTRASTE- (879301)	04/05/2013	15/07/2013

58	56202146	BOLSA COLOSTOMIA 57 MM ADULTO - UNIDAD	08/07/2013	16/09/2013
61	57281595	BOLSA COLOSTOMIA 57 MM ADULTO - UNIDAD	09/08/2013	09/12/2013

Para **su liquidación el art. 56 de la Ley 1438 de 2011** establece que “Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007” y que el no pago dentro de los plazos, causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se tendrá en cuenta el interés señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia al momento de su liquidación, pues además así lo permite el art. 141 de la ley 1607 de 2012, que modificó el Estatuto Tributario, en el que expresamente se indica “para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.”; que es el interés a que se refiere el art. 56 de la ley 1438 de 2011.

En relación con las demás facturas, esto es:

	Radicado_Fosyga	Servicio	Fecha prestación del servicio	Fecha de Radicación Fosyga
3	25765440	PANAL DESECHABLE HUGGIES NATURAL CARE ETAPA 4	02/05/2012	05/06/2013
15	25825634	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD (CMD 21)	13/06/2012	17/06/2013
16	25825635	PAÑAL ADULTO TENA BASIC TALLA L	08/08/2012	17/06/2013
17	25825671	NATURET (EQ. 80MG/100G) JALEA 400 MG / 260 G - (HOJAS DE SEN)	26/09/2012	17/06/2013
19	25907571	CORONA METAL CERAMICA (PROCEDIMIENTO NO POS)	27/12/2012	09/08/2013
20	25907571	RETIRO DE CORONAS COMPLETAS (PROCEDIMIENTO NO POS)	27/12/2012	09/08/2013
21	25907571	TEMPORAL DE TERMOCURADO (CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 500 MG	27/12/2012	09/08/2013
22	25955330	(CMD 10)-LEVETIRACETAM TABLETA 500 MG	10/06/2011	15/08/2013
23	26036059	BOLSA COLOSTOMIA 70 MM ADULTO - UNIDAD	01/10/2012	16/09/2013
28	54351847	(CMD 20)-PILOCARPINA TABLETA 5 MG	17/11/2011	11/04/2013
44	55044041	PROTEINAS+CARBOHIDRATOS+GRASAS+FRUCTOSA+POLISAC. LIQUIDO ORAL 8 OZ (237 ML)	25/11/2012	17/06/2013
53	55307547	(CMD 14)-ROTIGOTINA SISTEMA TRANSDERMICO 9 MG (LIBERA 4MG DE RIGOTINA EN 24H)	04/01/2013	12/07/2013

55	55371746	ATAZANAVIR CAPSULA 300 MG	13/10/2011	16/07/2013
56	55371763	INMUNOGLOBULINA G HUMANA SOLUCION INYECTABLE 10 G/100 ML	19/07/2011	16/07/2013
57	55371763	SAL DIMEGLUMINICA DEL ACIDO GADOPENTETICO CORRESPONDIENTES A 7.863G DE GADOLINIO SOLUCION INYECTABLE 46.9 G/ML/100 ML	19/07/2011	16/07/2013
59	56497900	PROCALCITONINA	10/12/2012	11/10/2013
60	57229075	BARRERA DE COLOSTOMIA FLEXIBLE 57MM	02/03/2013	05/12/2013
62	95140281	(CMD 30)-PREGABALINA TABLETA O CÁPSULA 150 MG	24/05/2011	30/07/2013
63	95140282	(CMD 30)-PREGABALINA TABLETA O CÁPSULA 150 MG	14/09/2011	30/07/2013
64	95140283	(CMD 10)-TRAMADOL CLORHIDRATO TABLETA O CÁPSULA DE LIBERACIÓN PROGRAMADA 100 MG	22/06/2012	30/07/2013
65	95177814	PROTEINAS DE SOYA+VITAMINAS+MINERALES) POLVO GRANULOS PARA RECONSTITUIR 400 G 400 G	27/07/2011	31/07/2013
66	95188951	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	17/03/2012	20/08/2013
67	95188987	(CMD 5)-LIDOCAINA 5% (PARCHE 14X10CM) PARCHE 700 MG	01/06/2011	20/08/2013
68	95188988	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	20/06/2012	20/08/2013
69	95189039	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/01/2012	20/08/2013
70	95189049	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/06/2012	20/08/2013
71	95189052	PAÑAL ADULTO TENA SLIP - UNIDAD	20/04/2012	20/08/2013
72	95189054	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	08/11/2011	20/08/2013
73	95224558	LUBRIDERM HUMECTANTE CREMA 400ML FRASCO - (LUBRIDERM HUMECTANTE)	23/12/2011	28/08/2013
74	95224576	PROTEINAS DE SOYA+VITAMINAS+MINERALES) POLVO GRANULOS PARA RECONSTITUIR 400 G 400 G	22/10/2011	28/08/2013
75	95224875	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	21/12/2011	28/08/2013
76	95224907	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	25/07/2011	28/08/2013
77	95225322	CARBOXIMETILCELULOSA SODICA SOLUCION OFTALMICA 0.5%/10 ML	18/02/2011	28/08/2013
78	95225323	(CMD 30)-PREGABALINA TABLETA O CÁPSULA 150 MG	06/12/2011	28/08/2013
79	95225724	ALIMENTO ESPECIAL POLVO PARA RECONSTITUIR ADULTO 1000 G 1000G	08/05/2012	28/08/2013
80	95228285	PROTEINAS DE SOYA+VITAMINAS+MINERALES) POLVO GRANULOS PARA RECONSTITUIR 400 G 400 G	29/11/2011	28/08/2013
81	95228286	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	18/11/2011	28/08/2013
82	95228312	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	25/04/2011	28/08/2013
83	95252657	(CMD 5)-LIDOCAINA 5% (PARCHE 14X10CM) PARCHE 700 MG	25/11/2011	30/08/2013
84	95252820	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	04/05/2012	30/08/2013
85	95254371	CREMA MARLY CREMA 400 G/1 FRASCO	19/10/2011	30/08/2013

Como quiera que no fueron presentadas dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio, se condenará que se cancelen **debidamente indexadas** a la fecha de su pago.

Finalmente, en relación a la excepción de **prescripción** y en donde el apoderado de la ADRES solicita se tenga en cuenta un fallo proferido en anterior oportunidad por la Magistrada Ponente de esta decisión y en la que aplicó un término prescriptivo de dos años, pertinente resulta aclarar que en decisiones anteriores se recogió tal criterio para en su lugar dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, esto es, **3 años contados a partir de la fecha de presentación del recobro elevada por la EPS demandante, ello en virtud a que por haber sido asignado el conocimiento de los asuntos de esta naturaleza a la jurisdicción laboral, deben estar sometidos al término prescriptivo que rige esta materia.**

Aunado a lo anterior, en pronunciamiento por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2011, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción lo siguiente:

“...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.

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**”.*

Para lo recobros aquí reclamados el término prescriptivo de tres años comienza a correr partir de la fecha de prestación de cada servicio y que para la totalidad de recobros en este proceso corresponden al lapso

comprendido entre los **años 2011 al 2013**, y como quiera que todos fueron **reclamados ante el Fosyga entre el 18 de junio de 2013 y el año 2014**, interrumpiendo con ello la prescripción y **la demanda se presentó el 17 de junio de 2016** (fl.63), **no transcurrió el término de tres años** entre el momento de la interrupción de la prescripción y la presentación de la acción judicial, por lo tanto **no operó este fenómeno** en este caso.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** por concepto de intereses moratorios a partir de la fecha de radicación de las facturas presentadas en tiempo y las que no, se pagarán debidamente indexadas a la fecha de su pago, conforme a la relación efectuada en los recuadros y motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia,

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Salvo voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No 17 2014 329 -01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ECOPETROL S.A.
DEMANDADO: ALVARO MENDOZA VASQUEZ y otros

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Por apelación del demandante revisa la Corporación el fallo de fecha 30 de enero de 2019 proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGATOS

Durante el término concedido, la parte actora allegó correo electrónico al que adjunta sus alegatos de conclusión, en los que solicita se confirme la decisión de primer grado. Así mismo, realiza un análisis de la excepción de prescripción y de la validez de las certificaciones adosadas al plenario.

Por su parte la apoderada de los demandados, si bien allegó correo electrónico, de fecha 1 de febrero del año en curso y en el que señala que remite los alegatos de conclusión, lo cierto es, que a dicho correo no se allegó ningún documento.

ANTECEDENTES

ECOPETROL S.A. por intermedio de apoderado judicial solicita se declare que los señores ALVARO MENDOZA VASQUEZ, CALIXTO REYES GAVIRIA, MIGUEL A. RAMIREZ SUAREZ y JHON EVERT GARCIA PRIETO, recibieron sumas de dinero como consecuencia del fallo de tutela proferido por el Juzgado Octavo de Cartagena el día 10 de mayo de 2010; que como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandado a la devolución de dichas suma de dinero, así:

- ALVARO MENDOZA VASQUEZ, la suma de \$167.588.358,00
- CALIXTO REYES GAVIRIA, la suma de \$ 233.864.453,00
- MIGUEL A. RAMIREZ SUAREZ, la suma de 290.794.723,00
- JHON EVERT GARCIA PRIETO, la suma de \$302.894.808,00.

Finalmente solicita se condene a los demandados al pago de intereses legales a que haya lugar liquidados desde el día 18 de junio de 2010, y hasta el momento real y efectivo del pago de la obligación, así como los demás conceptos que se establezcan en el presente litigio y al pago de los gastos y costas que se llegaren a causar en el presente proceso. (fl.3-5)

Fundamentó sus pretensiones afirmando, en síntesis:

- Que los señores ALVARO MENDOZA VASQUEZ, CALIXTO REYES GAVIRIA, MIGUEL A. RAMIREZ SUAREZ y JHON EVERT GARCIA PRIETO, interpusieron una acción de tutela en contra de ECOPETROL S.A., cuyo conocimiento radicó en el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena.
- El argumento de la acción de tutela, tuvo razón de ser en que a su juicio recibieron un trato diferencial injustificado y subjetivo en

materia salarial que afectó las condiciones dignas de sus contratos de trabajo.

- Que en primera instancia el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, tuteló los derechos invocados por los demandados, y le ordenó a ECOPETROL que en el término perentorio de 48 horas para que pagara de la misma forma y con la misma incidencia salarial, el incentivo al ahorro, a los demandados efectuando la reliquidación con incidencia en el salario y demás prestaciones sociales y les reembolsara retroactivamente lo dejado de pagar desde que comenzó a pagársele a cada demandado.
- Que en cumplimiento de la orden impartida ECOPETROL procedió a cancelar a cada uno de los demandados las sumas que arriba se relacionan.
- Que en sentencia de segunda instancia, la Sala de Decisión No. 2 el Tribunal Administrativo de Bolívar, revocó la sentencia de primera instancia y declaró improcedente dicha acción.
- Que a la fecha los demandados no han procedido a reembolsar los dineros que le fueron entregados como consecuencia de la acción de tutela antes mencionada. (fl.- 5 - 7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma a los demandados, el señor CALIXTO REYES GARCÍA procedió a dar contestación en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el enlistado en el numeral 1, en relación con los demás señaló que no lo son. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. **(f.- 132 a 140)**

Por su parte los señores MIGUEL ALBERTO RAMIREZ SUAREZ y JOHN EVERT GARCÍA PRIETO procedieron a dar contestación, en la que se opusieron a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptaron el enlistado en el numeral 1, en relación con los demás señaló que no lo son y propusieron como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. **(f.- 186 a 196)**

Finalmente en auto de fecha 28 de enero de 2015, se dio por no contestada la demanda respecto del demandado ALVARO EMNDOZA ÁLVAREZ. (fl.- 252 a 253)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió mediante providencia de fecha 30 de enero de 2019, condenar a los demandados a la devolución de los dineros recibidos, debidamente indexados y los condenó en costas. (fl 787 a 788)

Como fundamento de su decisión señaló que conforme a las certificaciones expedidas por la entidad demandante a folios 69 a 72, se observa que les fue entregado a los demandados las sumas de dinero que se relacionan en la demanda, los cuales obedecieron a la decisión adoptada por el Juzgado Administrativo de Cartagena.

Lo anterior, quiere decir que la fuente de ese pago correspondió al acatamiento a lo decidido por el Juez constitucional y posteriormente dicha decisión fue revocada por el H. Tribunal al considerar que la acción constitucional no era la vía para ordenar el reconocimiento de derechos laborales. A esa decisión se suma la sentencia proferida por la H. Corte Constitucional, quien señaló que la incidencia del estímulo al ahorro debe ser ventilada ante la justicia ordinaria laboral, ratificando lo dicho por el Tribunal en la providencia que revocó la decisión de primera instancia.

Por estas circunstancias, la orden dada quedó sin efecto y el pago efectuado a los demandados sin sustento jurídico, por lo que ha de ordenarse la devolución de los dineros.

Posteriormente entró al estudio de la excepción e prescripción formulada por los demandados, ya que señalan que la sentencia proferida el 10 de mayo de 2010, impuso una orden perentoria para que en 48 horas se procediera a hacer los respectivos pagos y la fecha de la sentencia del Tribunal de Bolívar es de junio de 2010 por lo que aducen han transcurrido más de 3 años, para efectuar el cobro.

Indicó que en el presente caso la sentencia que dejó sin efectos la providencia que ordenó la entrega de los dineros, es de fecha 18 de junio de 2010 y por ello el término de prescripción inicia a contabilizarse a partir de esta fecha y la demandada se sometió a reparto el 29 de mayo de 2014, es decir 3 años y 11 meses después. No obstante lo anterior, se encuentra que los demandados en el presente proceso instauraron acción de tutela la cual fue resuelta el 6 de julio de 2011, por lo que es a partir de esta data que debe contarse el término de prescripción.

Así las cosas, se encuentra que entre la sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por la H. Corte Constitucional, quien en últimas fue la que decisión de manera definitiva la improcedencia de la tutela y la fecha de la radicación de la demanda no transcurrió el término de 3 años de que hablan las normas laborales relativas a la prescripción.

Así las cosas, declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados y ordenó la devolución de los dineros debidamente indexados.

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por la Juez de primer grado argumentando: *“ desde el momento en que se contestó la demanda por parte de mis representados, hubo una negación clara respecto a que hubiesen recibido las sumas que manifestaba ECOPETROL haberles pagado, ahora, para dar respuesta al problema jurídico, había evidentemente que establecer que ECOPETROL debía demostrar sin lugar a duda el valor que afirma haber cancelado a mis representados, situación que a todas luces no se evidencia*

en el presente proceso y que evidentemente el Juez de instancia desconoció. Desde el principio, esto es, la oportunidad que tiene la parte demandante para aportar pruebas se obvió esta obligación conforme al principio de la carga probatoria pretendiendo que con una sola afirmación se declarara un pago por una suma que de ninguna manera recibieron mis mandantes y precisamente no hay una sola prueba que contradiga tal afirmación no hay un solo comprobante de pago suscrito por los demandados, ni un solo comprobante de una transacción bancaria o de otro tipo lo que tuvo que haber sido un argumento suficiente y no lo fue en este caso para desestimar las pretensiones de la parte demandante, como es bien sabido no es viable desde ningún punto de vista constituir a las partes su propia prueba, permitiendo que cualquier persona podría elaborar un documento afirmando que se le adeuda un dinero, sin soporte, firma o aceptación de ningún tipo logrando que se fallara a su favor y más aún teniendo en cuenta que la persona que intenta valer sus propias afirmaciones no es otra distinta a ECOPETROL, una entidad pública que no puede venir a un estrado judicial a decir que no tiene un solo soporte de transacción, consignación o pago directo a otra persona, situación que solicito a los H. Magistrados tengan en cuenta al momento de proferir fallo de segunda instancia, toda vez que el a quo desconoce este aspecto.

Por otro lado, frente a la excepción de prescripción que fue desconocida, solicito a los H. Magistrados la revalúen, por cuanto se encuentra probada y es evidente que entre la fecha en la que ECOPETROL se entera de la sentencia que obliga a la devolución de dineros a la fecha en la que se interpone la acción pasó más del término trienal para que operara el término no realizan ningún tipo de acción para reclamar esos dineros. Si se opta por presumir la postura de que ECOPETROL no conocía

CONSIDERACIONES

Lo primero que precisa la Sala es que el recurso de apelación se sustenta en la audiencia en que se interpone, por lo que de acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y S S, se resolverán los puntos planteados en el recurso, esto es, si la parte actora demostró la entrega de los dineros que alega en su demanda y en caso afirmativo, si los mismos están cubiertos por el fenómeno de la prescripción.

En relación con el primero de los puntos objeto de reproche, se encuentra que la parte actora, afirma en su demanda que pagó a los demandantes, las siguientes sumas:

- ALVARO MENDOZA VASQUEZ, la suma de \$167.588.358,00

- CALIXTO REYES GAVIRIA, la suma de \$ 233.864.453,00
- MIGUEL A. RAMIREZ SUAREZ, la suma de 290.794.723,00
- JHON EVERT GARCIA PRIETO, la suma de \$302.894.808,00.

Ahora bien, en el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de los demandados, se encuentra que ésta niega categóricamente el pago de los dineros antes mencionados, señalando que, a ninguno de sus poderdantes, se le entregó suma alguna, y que en el expediente no existe prueba que corrobore dicha afirmación.

En cuanto a la anterior afirmación, esta Colegiatura encuentra que la misma es contraria a la totalidad de la actuación surtida en el plenario, ya que los demandados desde el momento en que efectuaron la contestación, aceptaron que la demandada entregó unos dineros en virtud de la acción de tutela, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito, cuestionando la devolución de los mismos, ya que indicaron que fueron recibidos de buena fe.

Tan es así, que al momento de pronunciarse, en relación con la pretensión enlistada en el No. 2, en la que la parte actora solicita se condene a los demandados a *“pagar las sumas de dinero que a continuación se determinan por cada uno de ellos en virtud del fallo de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión número 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 18 de junio de 2010”*, señaló:

“Me opongo a que se haga una condena sobre las sumas recibidas directamente por los trabajadores demandados. Éstas aunque fueron recibidas en nombre de cada uno de los ahora demandados, se vieron afectadas por los honorarios de abogado y costas judiciales de la acción de tutela”. Así las cosas, se encuentra que no fue objeto de controversia la entrega o pago de los dineros reclamados, nótese que este hecho no fue objeto de pronunciamiento por parte del Juez en la fijación del litigio.

Aunado a lo anterior, y contrario a lo señalado por la apoderada recurrente de la revisión del expediente, sí se encuentra prueba del pago efectuado, ya que además de las certificaciones expedidas por la entidad demandante y en la que constan los valores que fueron cancelados a cada uno de los demandados (ver folios 69 a 72), documental que no fue objetada por la parte demandada dentro de la oportunidad procesal pertinente, se encuentran las constancias de los recibos de pagos de salarios de los demandados, así como las consignaciones y cheques girados, en favor de los mismos, en los que constan dichos pagos. (fl.- 795 – 844).

Por todo lo anterior, se habrá de confirmar la condena impuesta por el Juez de primer Grado en este aspecto.

Finalmente y en cuanto al tema se la prescripción, se encuentra que en el presente caso, el pago de dicha obligación, esto es, la de solicitar la devolución de los dineros, podía ser reclamada por ECOPETROL ante un juez, mediante acción ordinaria laboral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues se trata de un conflicto jurídico que se originó de forma *indirecta* en los contratos de trabajo que ejecutaron los demandados con ECOPETROL. Por ello, la prescripción de la acción se rige por lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 de CPL que establecen un término de tres años para instaurar la demanda contados desde el momento en que – dice la norma- “la respectiva obligación se haya hecho exigible”.

Sobre la vigencia del término referido en controversias que reclaman la aplicación de las normas del ordenamiento civil, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver sentencias STL 3128 de 2013 y SL 9319 de 2016).

Bajo estas reglas y revisado el expediente, el Tribunal no encuentra probado que el término de tres años para instaurar la acción, contado

desde que la obligación se haya hecho exigible para ECOPETROL, hubiera transcurrido.

Lo anterior, como quiera que no es dable como lo pretende la parte demandada tener como fecha de exigibilidad, el 10 de mayo de 2010, fecha ésta en la que se produjo el fallo de tutela que ordenó el pago de los dineros que hoy se reclaman, ya que solo hasta el 6 de julio de 2011, la H. Corte Constitucional, confirmó la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Bolívar, en la que se revocaba la decisión primigenia y en su lugar, se declaró improcedente dicha acción.

Lo anterior, como quiera que a partir de esta última data, es que se hace exigible para la parte actora solicitar la devolución de los dineros entregados.

Así las cosas y si bien la demanda se presentó el 29 de mayo de 2014 (folio 1) y la sentencia de la Corte Constitucional se dictó el 6 de julio de 2011, lo cierto es que no se demostró en el expediente, por quien tenía la carga procesal, la fecha en la cual se notificó dicha sentencia de revisión a ECOPETROL.

No se allegó la copia de las diligencias que debió efectuar el juzgado de origen para dar cumplimiento **adecuado** al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, ni se demostró por cualquiera otra razón, una fecha cierta desde la cual la demandada hubiera conocido el contenido de la sentencia T-536 de 2011, para entender que desde esa fecha podía *exigir* la devolución de los valores entregados sin causa justa.

Se debe advertir, con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional que si bien el juez de tutela no está obligado a comunicar todas sus actuaciones por vía de una notificación personal, a la luz de los artículos 16 y 36 del Decreto 2591 de 1991, las sentencias de revisión *“serán las únicas actuaciones judiciales que se notificarán personalmente a través del a quo, a quien le corresponde llevarla a*

*cabo*¹. Ello encuentra fundamento válido en que para la fecha en que se dictan las sentencias de Revisión el proceso constitucional ya habrá concluido y las partes no tendrán la carga de revisar los *estados* en los que se inserta la notificación de providencias expedidas en procesos en curso.

Dado que la excepción de prescripción fue propuesta por los demandados, tenían ellos la carga de demostrar la fecha en la cual la sociedad demandante se notificó personalmente, **o conoció**, el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional. Como no se demostró dicha fecha, el Tribunal debe confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la prescripción de la acción judicial, y ordenar los pagos que encontró probados la sentencia de primera instancia, así como este H. Tribunal, lo dijo en sentencia, dentro del proceso ordinario laboral N. 1100131050 21 2015 1062 02, del 12 de marzo de 2019, M.P. Dr. Manuel Eduardo Serrano Baquero.

Por todo lo anterior, se habrá de confirmar en su integridad la sentencia objeto de estudio.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

¹ Auto 070 de 2010, de la Corte Constitucional. MP GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del
C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 17-2016-471-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LINA MARCELA POSADA Y OTROS

DEMANDADO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación del FONDO NACIONAL DEL AHORRO a la Dra. Angie Nataly Flórez Guzmán identificada con c.c. 1.010.217.546 y T.P. 276.978 del C.S. de la J. en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

En Bogotá a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido el 9 de julio de 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, se recibieron los del Fondo Nacional del Ahorro, Liberty Seguros y Optimizar Servicios Temporales.

ANTECEDENTES

Los señores LINA MARCELA POSADA GUTIERREZ, RAUL ERNESTO LOPEZ JARAMILLO y JOSE WUILMER SUAREZ SAAVEDRA, por intermedio de apoderado judicial solicitan se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y como consecuencia de lo anterior se condene a esta demandada y solidariamente al Fondo Nacional del Ahorro, a efectuar el pago de cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST; **subsidiariamente** solicita se declare que el verdadero empleador fue el Fondo Nacional del Ahorro y como consecuencia se le condene al pago de cesantías intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización del artículo 65 CST, condenando al pago de dichos rubros de manera solidaria a optimizar servicios temporales, sociedad que actuó como intermediaria para mimetizar la verdadera existencia de la relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro. (fl.7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones la demandante Lina Marcela Posada señalando que el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales suscribieron contratos de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, cuyo objeto fue contratar la prestación de servicios temporales que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA, que en cumplimiento de dicho contrato, Optimizar Servicios Temporales la contrató bajo la modalidad de obra o labor contratada, siendo enviado a trabajar en misión al Fondo Nacional del Ahorro, relación laboral que tuvo lugar desde el 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre del mismo año, desempeñando el cargo de comercial v, que devengó como último salario la suma de \$4.800.000, que ejerció actividades propias del giro de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro, que sus servicios, no eran de carácter temporal, que el cargo que desempeñó existe de planta en el Fondo Nacional del Ahorro, que desempeñó sus funciones en las instalaciones de este último, que Optimizar Servicios Temporales no canceló las prestaciones adeudadas durante la vigencia de la relación laboral, que esta sociedad se encuentra en proceso de Reorganización Empresarial y dentro del mismo, reconoció como uno de sus pasivos su liquidación de acreencias laborales.

El demandante Raúl Ernesto López Jaramillo indica que los extremos temporales de su relación laboral corresponden al 4 de febrero de 2015 hasta 30 de septiembre del mismo año, que se desempeñó en el cargo de profesional II y recibió como último salario la suma de \$5.200.000.

Por su parte el demandante José Wuilmer Suárez Saavedra, afirma que su vinculación laboral con Optimizar Servicios Temporales se dio entre el 13 de febrero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, tiempo durante el cual se desempeñó como Técnico I, devengando \$2.300.000. (fl.19)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **Optimizar Servicios** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. Propuso como excepciones las que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para pago de las prestaciones sociales pretendidas y existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda. (fl.153).

Una vez notificada en legal forma la demandada **Fondo Nacional del Ahorro**, contestó oponiéndose a las pretensiones, frente a los hechos aceptó y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, compensación y buena fe. (fl.181)

La llamada en garantía **Confianza S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle ninguno de los hechos de demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa, los hechos de la demanda no gozan de cobertura y la genérica. (fl.267)

La llamada en garantía **Liberty Seguros S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de demanda y del llamamiento, aceptó algunos hechos y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura, buena fe, prescripción, compensación y la genérica. (fl.317)

En la audiencia de fijación de litigio **el apoderado de la parte actora desistió de las pretensiones de reconocimiento y pago de acreencias sociales**, dejando únicamente para estudio la indemnización moratoria.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por FNA, declaró la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre los demandantes como trabajadores y la demandada Optimizar Servicios Temporales hoy en Liquidación como empleadora. Declaró no prosperas las tachas de sospecha propuestas a los testigos Robinson Alexander Valencia Valencia, y Adriana Victoria Ariza Ovalle, según las razones expuestas en precedencia. declaro que no se dan los supuestos fácticos ni jurídicos para condenar en solidaridad al Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo. Condenó a la demandada OPTIMIZAR a pagarle a los demandantes por indemnización moratoria los siguientes valores: Lina Marcela Posada Gutiérrez: \$126.240.000; Raúl Ernesto López Jaramillo \$139.533.333, y José Wuilmer Suarez Saavedra \$58.880.000. Absolvió a FONDO NACIONAL DEL AHORRO de las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante. Absolvió a LIBERTY de las pretensiones del llamamiento en garantía Condenó a la aseguradora CONFIANZA, en virtud de las pólizas de cumplimiento que suscribió con la codemandada OPTIMIZAR, para que con ocasión a ellas, cubra la condena aquí impuesta por indemnización moratoria, pero hasta la liquidación que resulte entre el 1º de octubre de 2015, y hasta el 1º de enero de 2017, fecha en que venció la vigencia de la póliza.

Fundamentó su decisión el Juez de instancia señalando:

Pues bien, a partir de los hechos aceptados por la codemandada OPTIMIZAR S.A, en su contestación, se establece que los demandantes, fueron vinculados laboralmente por esa sociedad en los extremos temporales advertidos con anterioridad, y fueron ubicados como trabajadores en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, afirmación que se corrobora con las documentales que obran a folios 103 a 105, 115 a 116, 121, 122, 167 a 173, contentivas de los contrato de trabajo, formatos de liquidación de prestaciones sociales, y certificaciones laborales.

Aunado a lo anterior, milita en cd a folio 214, las copias de los contratos estatales, que suscribieron el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la empresa de servicios temporales

OPTIMIZAR S.A., mediante el cual esta última sociedad se obliga a adelantar en calidad de empleador la selección, vinculación y administración de trabajadores en misión que apoyen temporalmente en el desarrollo de las actividades asignadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Ahora bien, remitiéndonos al certificado de existencia y representación legal de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., HOY EN LIQUIDACIÓN (fls.131 a 133), encontramos que su objeto social es la contratación y prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por esta empresa.

Así entonces, de entrada, se encuentra acreditado que la codemandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, celebró con la empresa de servicios temporales, contratos de suministro de personal, cuyas condiciones, objeto, términos, plazo y cuantía están debidamente indicados en tales documentos, y que en ejecución de los mismos, los ex trabajadores fueron contratados por la empresa de servicios temporales habiendo sido ubicados como trabajadores en misión, destinados al cumplimiento del objeto a su vez del contrato de prestación de servicios de la usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Así entonces, esa circunstancia, que no genera discusión entre las partes, tiene una incidencia absoluta en la decisión que se adoptará pues una empresa de servicios temporales se define según el art. 71 de Ley 50/1990, como aquella que tiene a su cargo la contratación de la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar de manera temporal en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales la cual tiene con respecto de esta el carácter de empleador; y el artículo 74 ib. precisa que son trabajadores en misión aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos estando cobijados por las normas del Código Sustantivo de Trabajo y demás del régimen laboral.

No genera tampoco controversia que la vinculación se hizo y se mantuvo bajo la forma de contrato de obra o labor contratada, pues así se desprende de la copia de los documentos que reposan a fls.103 a 105, 115 a 116, 121, 122, 167 a 173.

Así entonces es del caso recordar que el Art. 45 del C.S.T. reglamenta la duración de los contratos de trabajo en los siguientes términos:

“El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.”

Como se puede ver, la ley permite que un contrato se firme por el tiempo que dure una obra o labor determinada, ello implica que la relación laboral termina una vez finalice la obra para la cual se hizo el contrato. Debiéndose dejar claro el tipo de obra que se va a desarrollar y es

posible su prórroga cuando la obra contratada se prolongue, lo que permitiría hablar de la continuidad del contrato.

A su vez, el Decreto 4369 de diciembre 4 de 2006, "Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones...", buscó la formalización y generación de empleo, brindando beneficios para la creación de empresas de servicios temporales, en aras de que tal formalización no generara un impacto económico en quienes buscan la normalización de su figura empresarial, y adicionalmente, estableció unos beneficios en algunas materias, para buscar la inclusión de ciertos sectores de la población que se encuentran en condición de vulnerabilidad.

Así entonces, encontramos que el artículo 6 de ese estatuto establece las condiciones en las cuales la empresa denominada usuaria, es decir la receptora o beneficiaria del servicio, puede acudir al suministro de personal a través de empresas temporales precisando que ello es factible para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, caso en el cual la duración debe ser inferior a un mes y las labores realizadas deben ser diferentes a las habituales de la empresa; -Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o para atender un incremento en la producción, el transporte o las ventas, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis meses prorrogables por seis más.

Ahora, debe precisarse que si persiste este último caso, pasados ya los 12 meses (resultado de los primeros 6 meses y su prórroga), la empresa usuaria no podrá contratar el servicio ni con la misma ni con otra empresa temporal pues en ese caso para suplir sus necesidades el personal debe contratarlo directamente; también la empresa de servicios temporales, sería responsable si permite que una usuaria utilice esta figura en rangos de tiempo superiores: la consecuencia directa es que pierde su calidad de empleadora de los trabajadores en misión; y debe responder de manera solidaria por las acreencias a que tenga derecho el trabajador, consagrándose incluso sanciones económicas y administrativas por un incumplimiento en la prestación de los servicios tal y como lo determina el Decreto 4369 de 2006 y si bien, de los textos normativos no fluye que los contratos de trabajo celebrados con violación de esos mandatos se entiendan hechos con las empresas usuarias, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que se ha dado, es claro que sí se produce esa consecuencia en atención a que las normas laborales están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la denominación que le hayan querido dar al contrato, principio de rango superior que se invoca como premisa jurídica de la demanda siendo necesario precisar que esa circunstancia genera una situación jurídica contractual diferente conforme la cual la usuaria pasa a ser el empleador directo del trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, conforme lo orientado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia, entre otras, del 22 de febrero de 2006, dictada dentro del proceso radicado N° 25717, M.P. CARLOS ISAAC NADER.

Así entonces, frente al caso que se estudia, se advierte que la vinculación de los demandantes a la empresa de servicios temporales y su condición de trabajadores en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no superó el término de 12 meses, luego de la prórroga de los primeros 6 meses, que establece la norma para estos casos de trabajadores en misión contratados por temporales, pues la señora Lina Marcela Posada Gutiérrez trabajó del 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, es decir, 10 meses; el señor Raúl Ernesto López Jaramillo, entre el 4 de febrero de 2015 y el 30 de septiembre del mismo año, es decir, 7 meses y 26 días, y en el caso del señor José Wuilmer Suarez Saavedra, que prestó sus servicios entre el 13 de febrero de 2015 y el 30 de septiembre de 2015, el tiempo fue de 7 meses y 17 días, por lo que forzoso resulta concluir que los actores no perdieron la condición de trabajadores en misión, y no se dan los supuestos fácticos para considerar siquiera que estamos frente a la posibilidad de declarar que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pasó a ser verdadera empleadora de los trabajadores.

Se destaca tal supuesto en virtud a que los actores reclaman que el FONDO sea condenado de manera solidaria con la empresa de servicios temporales, no obstante, el fundamento jurídico de tal solidaridad, como sería una contratación irregular o por fuera del marco temporal que fija la norma, no se estableció en este proceso por lo que no se vislumbran fundamentos fácticos ni jurídicos para un pronunciamiento en ese sentido, siendo importante anotar que la premisa jurídica que se invoca para tratar de deducir la responsabilidad, el art. 36 del C.S.T., establece una hipótesis diferente que también será analizada pero por otras circunstancias pues tiene que ver con la solidaridad de los miembros de las sociedades de personas en este caso las limitadas. Así entonces, desde ya se avizora una decisión absolutoria en favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pues los fundamentos de la solidaridad no se demostraron.

En esas condiciones, encuentra el Despacho acreditado que entre los demandantes y OPTIMIZAR, existieron contratos de obra o labor determinada, y en ejecución de tales contratos, los demandantes prestaron sus servicios como trabajadores en misión a la usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Sobre éstas bases se entrará al estudio de las peticiones de la siguiente manera:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Como ya lo indicó el Juzgado con anterioridad, el apoderado de la parte demandante, en la audiencia de fijación de litigio, desistió de las pretensiones de reconocimiento y pago de acreencias sociales, dejando únicamente para estudio la indemnización moratoria, la cual aduce, se causó entre la fecha de terminación de cada contrato, y la fecha en que se hizo el pago de la liquidación final de los respectivos contratos de trabajo.

En relación con este concepto, se debe anotar que se predica como sanción para el empleador que al momento de la desvinculación de su trabajador, no cubre el valor adeudado o la totalidad de los salarios y prestaciones adeudados, empero también ha orientado nuestra H. Corte Suprema de Justicia que esa sanción nos ocupa no es de aplicación automática ni

inexorable, y que en cada caso deban analizarse las circunstancias particulares para determinar la procedencia o no porque si hay circunstancias de las que pueda inferirse que el empleador actuó de buena fe al no pagar o retardar el pago de acreencias sociales que den lugar a aquella, debe abstenerse de imponerla, incluso podría aducirse que es posible absolver cuando se acredite que tal conducta omisiva pudo obedecer a la interpretación equivocada de una norma precisándose que se ha considerado que la sanción conlleva la presunción de mala fe del empleador que así obra debiendo desvirtuarse con razones justificativas que lo ubiquen dentro de la órbita de la buena fe laboral.

En el presente caso, se sabe que la codemandada OPTIMIZAR, se acogió a un acuerdo de reorganización de acreencias en razón a un deterioro de su estructura financiera que impidió atender los pasivos entre otros los laborales; no obstante, dicho suceso no es excusa para que la demandada se hubiera sustraído del pago a los trabajadores y sin que tampoco sirva de argumento para exonerar de la sanción que se analiza, el hecho de que la empleadora acepte que ya está relacionada la acreencias a favor de los actores dentro del mora .

Precisamente, sobre este tema se ha pronunciado la sala laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia radicada N° 37288 de enero 24 de 2012 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

Así entonces, forzosa resulta la imposición de la condena a la indemnización por falta de pago, la cual en efecto surtirá entre la fecha de terminación de cada contrato, y la fecha de pago, así:

- 1. En el caso de la demandante LINA MARCELA POSADA GUTIERREZ, el contrato culminó el 30 de septiembre 2015, y el pago de acreencias se realizó el 28 de noviembre de 2017, según obra en certificado de transferencia bancaria de folio 293. Así las cosas, la condena por indemnización moratoria será de \$126.240.000, atendiendo que el salario fue de \$4.800.000.*
- 2. En el caso del demandante RAÚL ERNESTO LÓPEZ JARAMILLO, el contrato culminó el 30 de septiembre 2015, y el pago de acreencias se realizó el 14 de diciembre de 2017, según obra en certificado de folio 294. Así las cosas, la condena por indemnización moratoria será de \$139.533.333, atendiendo que el salario era de \$5.200.000.*
- 3. En el caso del demandante JOSE WUILMER SUAREZ SAAVEDRA, el contrato culminó el 30 de septiembre 2015, y el pago de acreencias se realizó el 7 de noviembre de 2017, según obra en certificado de folio 295. Así las cosas, la condena por indemnización moratoria será de \$58.880.000, atendiendo que el salario era de \$2.300.000.*

TACHA DE SOSPECHA DE LOS TESTIGOS ROBINSON ALEXANDER VALENCIA VALENCIA, y ADRIANA VICTORIA ARIZA OVALLE, al considerar que su interés en el proceso incidiría en la objetividad de su dicho, pues tiene pretensiones similares en proceso que también adelante contra las mismas demandadas.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Comparecieron al proceso en calidad de llamadas en garantía, las aseguradoras LIBERTY SEGUROS y CONFIANZA, con el fin de amparar el cumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales de los aquí demandantes.

En el caso de LIBERTY SEGUROS S.A., obran pólizas de cumplimiento a folios 359 A 363, y de su lectura solo se advierte el amparo de riesgo frente a salarios y prestaciones sociales, luego sin mayores análisis, se abstiene el Juzgado de pronunciarse respecto de la suscripción de esas pólizas, en la medida que la condena aquí aplicada, solo fue con relación a la indemnización moratoria, cuyo riesgo no fue cubierto. Además el asegurado y beneficiario figura es el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, entidad frente a la cual no se encontró responsabilidad respecto de las pretensiones solicitadas.

En cuanto a la aseguradora CONFIANZA, la misma se opuso a condena alguna, alegando para el efecto, que las pólizas suscritas, ya se encuentran vencidas y no cubren situaciones futuras.

Al acudir a las pólizas que fueron aportadas el día de hoy, damos cuenta que la póliza No. DL 007987 tiene vigencia del 1º de enero de 2015 al 1º de enero de 2016, y la No. DL 008460 tiene vigencia desde el 1º de enero de 2016 al 1 de enero de 2017, cuyo cubrimiento además de las prestaciones sociales, ampara las indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de liquidez de la empresa, caso que aplica en el sub lite.

Por lo anterior, será del caso condenar a la aseguradora CONFIANZA, en virtud de las pólizas de cumplimiento que suscribió con la codemandada OPTIMIZAR, para que con ocasión a ellas, cubra la condena aquí impuesta por indemnización moratoria, pero hasta la liquidación que resulte entre el 1º de octubre de 2015, y hasta el 1º de enero de 2017, fecha en que venció la vigencia de la póliza.

Dadas las resultas del juicio el Despacho declara probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, propuesta por el FNA.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Su señoría gracias una vez escuchada la sentencia dictada por usted presentó respetuosamente recurso de apelación en contra de la decisión adoptada puntualmente en lo que respecta a la absolución del Fondo Nacional del ahorro quisiera iniciar recordando la postura de la Corte Suprema de Justicia referida inclusive en los alegatos de conclusión la sentencia 3520 del 2018 en la que precisamente la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo refiere que analizar la relación entre una empresa usuaria empresa de servicios

temporales y los trabajadores en misión cuando el tiempo no exceda lapso de un año es equivocado en esta sentencia se hace referencia precisamente a analizar lo que se debe analizar es la razón por la cual los trabajadores en misión fueron internados al objeto social y esta sentencia la cito porque a lo largo de este proceso le demostramos al despacho que la razón de ser no es una razón de carácter extraordinario y excepcional sino por el contrario la razón de ser es una imposibilidad que tiene el Fondo Nacional del ahorro para traerlos directamente y como se lo probamos al despacho primero con la absolucón o con la atención del cuestionario arrimado al Fondo Nacional del ahorro donde expresamente lo han reconocido ejemplo de ello la respuesta a la pregunta núm11 explique porque la contestación de la demanda usted asegura que el demandante en este caso Lina Marcela fue contratado por una razón temporal a través de la empresa Optimizar a sabiendas que esta demandante se prevé posterior la vinculación con esta empresa ha sido trabajador en misión sin solución de continuidad con otras empresas de servicios temporales la respuesta del Fondo Nacional del ahorro es el Fondo Nacional del ahorro de una planta global de trabajadores oficiales reglamentada por la dirección administrativa de la función pública Ministerio de Vivienda ciudad y desarrollo y aprobado por la presidencia de la República donde actualmente se encuentran establecidos 295 cargos Por otra parte el crecimiento del en el mercado financiero y la oportunidad de captar afiliaciones de los trabajadores tanto estatales y de carácter privado se ha presentado la necesidad de proveer personal por medio de procesos temporales para atender el objeto de la entidad de manera eficiente lo que conlleva para el Fondo Nacional del ahorro y la contratación comercial de empresas de servicios temporales para suplir la necesidad del servicio su señoría aquí le hemos demostrado la razón real y reconocida directamente por el Fondo Nacional del ahorro que no se acompasa por lo establecido en la ley 50 de 1990 así como tampoco a los referidos por la Corte Suprema de Justicia en la en la sentencia en cita a las 3520 del 2018 aunado a ello encontramos que el Fondo Nacional del ahorro suscribió un contrato con optimizar y dentro de los hechos de la demanda así lo referimos y arrimamos esos contratos y el objeto del contrato es leeré contratar la prestación de servicios de una empresa de servicios temporales que suministre personal en misión que permite a cubrir la necesidad de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del ahorro su señoría que estan haciendo referencia a la necesidad crecimiento y expansión del Fondo Nacional del ahorro situación que a todas luces demuestra una vocación de absoluta permanencia no se explica el suscrito como una empresa puede crecer y expandirse de manera temporal para luego retroceder en ese crecimiento y expansión aunado a ello a lo largo de este proceso del Fondo Nacional del ahorro aparte del cuestionario arrimado por la parte demandante atendido por el fondo del ahorro no justifico en ningún momento la razón de ser de la internación de los aquí demandantes y porque se cuestionaría ello con base precisamente en el artículo 167 del código general del proceso cuando se habla de la carga de la prueba donde este artículo señala expresamente que será carga de quien tenga la facilidad de hacerlo probar ciertos aspectos así no los haya legado de la demanda o de la contestación y en este punto debemos recordar que el Fondo Nacional del ahorro la parte fuerte del contrato es la empresa usuaria desproporcionado sería imponerle esa carga a los demandantess quienes simplemente fueron trabajadores en misión para esta empresa pero el despacho lamentablemente no lo cuestiona simplemente se permite analizar la documental aportada inclusive por la parte demandante y es precisamente

atendiendo el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia donde se habla de los principios mínimos fundamentales en donde reza que la primacía eh tendrá prevalencia sobre las formas y en este punto la primacía no fue atendida por el despacho a la hora de tener en cuenta los testimonios del señor Robinson y la señora Adriana dónde hablando de la realidad sobre la forma han reconocido que estos demandantes llevan trabajando por más de por ejemplo el caso de Lina más de 4 años con el Fondo Nacional del ahorro han reconocido que han sido vinculados a través de varias empresas de servicios temporales 1ª, optimizar activos servicios de asesorías han reconocido que estas labores que ellos realizan por ejemplo la señora Lina son las labores de carácter permanente que requiere durante todo el año el Fondo Nacional del ahorro y que bajo ninguna circunstancias son razones excepcionales las que los llevaron a trabajar en misión para el Fondo Nacional del ahorro aunado a ello al analizar la constitucionalidad de ese artículo la sentencia C 330 del año 1995 dictada por el Dr Arango Mejía señala expresamente que si la empresa quiere incrementar su producción de manera permanente no puede seguir el camino de las empresas de servicios temporales situación que casa casi que perfectamente con el objeto del contrato con el Fondo Nacional del ahorro optimizar donde precisamente el objeto es crecer y expandirse hablando del Fondo Nacional del ahorro pero yendo inclusive más allá y analizando con mayor detenimiento el contrato entre el Fondo Nacional del ahorro optimizar el objeto y la razón de ser del contrato hacen referencia al plan del Gobierno nacional vigencia 2015, 2018 y puntualmente desarrollar productos tacs para la adquisición de vivienda de población con menos ingresos la promoción de créditos para constructores y la invención o la generación de nuevas estrategias para las el producto de crédito educativo sin embargo al revisar las funciones que hemos probado con los testimonios practicados en este proceso encontramos que por ejemplo el señor José Raúl no tuvo ninguna actividad relacionada con este objeto contractual por el contrario le probamos al despacho que sus funciones hacían referencia a la revisión de estudios de conveniencia a la elaboración de reglas de participación indicaciones a ofertar y otros modalidades de selección para la contratación desarrollo de procesos de selección proyección de documentos entre paréntesis respuestas a observaciones actos de cierre antes de adjudicación o declaratoria de desierto de algunas aplicaciones elaboración de contratos modificaciones contractuales nada tiene que ver con la actividad comercial que justifique el Fondo Nacional del ahorro para internar a los demandantes en su objeto social o igualmente con la señora Lina cuando ella actuó como soporte jurídico al área comercial trabajo directamente en el área jurídica y tampoco tuvo nada que ver con cómo lo hemos referido la implementación de productos tacs promoción de crédito para el constructor y la promoción de nuevas estrategias para el crédito educativo su señoría si bien es cierto usted cita una norma en la cual hace referencia al uso de empresas de servicios temporales y la desproporción en ese uso hacia la empresa usuaria verdadera empleadora y solidaria de las obligaciones de carácter laboral precisamente le hemos probado que esa situación se ha presentado en este proceso tanto es así que los testimonios el objeto contractual y la razón de ser del mismo contrato han reconocido que el Fondo Nacional del ahorro ah y el cuestionario juramentado que si bien es cierto no se puede tener como una confesión si es un indicio en contra del Fondo Nacional del ahorro le hemos demostrado al juzgado al despacho que el Fondo Nacional del ahorro ha vulnerado el mandato legal establecido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y a su espíritu como lo ha referido la Corte Constitucional al analizar el artículo 77 de la ley 50

de 1990 su señoría ahora frente a la condena parcial de parte del despacho a la aseguradora confianza reitero lo dicho en los alegatos de conclusión en lo que respecta a simplemente condenarlo hasta la fecha de cobertura porque si bien es cierto podría pensarse que la cobertura solo esta hasta el 2017 el hecho que genera la causación y el reconocimiento de la indemnización moratoria se produce en vigencia de la póliza de eso yo podría concluir entonces que la cobertura solo es hasta el 2017 sino que dado que el hecho el incumplimiento se produce la terminación del contrato la consecuencia y así lo ha dicho el mismo ministerios es que confianza ampare el derecho del trabajador a recibir el 100% de la indemnización a la que se condene en este caso al tomador del seguro que es la empresa de servicios temporales optimizar de tal suerte que debería o debió o debe condenarse a esta aseguradora a pagar el 100% de la indemnización moratoria que a juicio del suscrito atinadamente reconoció el despacho hasta la fecha de pago por parte de dicha aseguradora que ha reconocido su obligación de pagar las acreencias de carácter laboral en vigencia de las pólizas en estos términos dejo sentado mi recurso de apelación efectos de que el honorable tribunal superior de Bogotá revoque la decisión adoptada en su lugar condene a la demandada fondo nacional del ahorro a pagar el 100% de la condena de la indemnización moratoria reconocida por el despacho e igualmente revoque la decisión en lo que respecta a la aseguradora confianza para en su lugar condenada a pagar el 100% de la indemnización moratoria decretada por el despacho muchas gracias.

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES

Señor juez me permito Interponer recurso de apelación en los siguientes términos primero respecto a la indemnización moratoria reiteró cómo se expuso a lo largo de este proceso que no hay lugar a ella por el no pago de prestaciones sociales teniendo en cuenta que queda demostrado que los aquí demandantes se le efectuaron todos los pagos igualmente se le informó que la liquidación de las prestaciones sociales adeudadas a la terminación de los contratos laborales fueron cancelados a los demandantes en cumplimiento de la afectación de las pólizas DL 7987 y DL 88460 ordenado por el Ministerio de trabajo según resoluciones 3863 del 2016 922 del 2017 reiterar acá señor juez que mi representada siempre actuó de buena fe y no realizó el pago al momento de la terminación de los contratos dada la existencia de previsión legal todo es que el juez del concurso de la Superintendencia de sociedades resolvió dar por terminado el proceso de reorganización y decretó la apertura de la liquidación judicial señalada en la ley 1116 de qué trata el régimen disolvente empresarial cómo se evidencia el certificado de existencia y representación legal de la concursada aportado al expediente del presente proceso por tanto todas las obligaciones reiteró de los demandantes anteriores al 16 de febrero del 2016 quedaron sujetas al concurso ante lo cual estábamos en imposibilidad jurídica en materia de realizar dichos pagos por esta razón la indemnización moratoria debe tener como extremo final de causación la fecha apertura del proceso de reorganización esto es el 15 de febrero del 2016 corresponde decir que dado el estado de insolvencia y el creación judicial por el que surge la demanda conocido plenamente dentro del plenario aplique al presidente de la corte contenido en sentencia del 10 de octubre 2003 con núm. 207 64 magistrado ponente

doctora Elizabeth Robles Martínez en el sentido que no se aplique a la mala fe frente al incumplimiento de la empresa en liquidación y por tanto no procede la condena por este concepto de igual manera señalar que en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral del 12 de marzo del 2019 bajo el radicado 2016 503 01 del magistrado ponente Dr. Rafael Moreno Vargas en caso similar señaló que para el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 se debe tomar como extremo final la fecha en la que se inició el proceso de reorganización esto es para el caso que nos atañe el 15 de febrero de 2016 dejó sentado de esta manera mi recurso de apelación según lo anteriormente sustentado solicitado que se revoque el numeral quinto y noveno del fallo proferido por este despacho muchas gracias.

SEGUROS CONFIANZA

Manifiesto que interpongo recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferida en la presente audiencia y sustentaré de la siguiente manera en primer lugar llama la atención que el fallo de primera instancia el juez decide absolver al Fondo Nacional del ahorro de las pretensiones de la demanda y en consecuencia absolver a una de las llamadas en garantía Liberty seguros. llama la atención que en este proceso cuando el Fondo Nacional del ahorro llama contesta su demanda llaman en garantía a dos aseguradoras a seguros confianza y a liberty seguros su petición es clara señala en el capítulo de petición en la primera señala con base en los hechos arriba expuestos comedidamente solicitó despacho se sepa llamar en garantía a liberty seguros y a la compañía aseguradora confianza S.A para que comparezcan al presente proceso en virtud del llamamiento en garantía que les hace el Fondo Nacional del ahorro para que si es caso respondan por las consecuencias patrimoniales que resulten de la sentencia que provean el proceso laboral aquí adelantado por la parte demandante en contra del Fondo Nacional del ahorro si nos vamos al artículo 64 del código general del proceso que define cuál es el sentido llamamiento en garantía dicha norma reza llamamiento en garantía quien afirme tener un derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegar a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva a quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por adicción podrá pedir en la demanda dentro del término para contestar la que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación causa sorpresa que en este proceso el Fondo Nacional del ahorro ha sido absuelto de las pretensiones de la demanda y en razón a ello con el llamamiento en garantía figura procesal por la cual vincula seguros confianza este proceso es la consecuencia inmediata era que debía absolverse seguros confianza de las pretensiones del llamamiento energía porque seguros confianza no fue llamada no puedes vincular mi demanda de manera directa en este proceso nosotros somos llamados en garantía por una de las partes demandadas y al ser absuelta esa parte demandada la consecuencia directa era que fuéramos absueltos también esa es la primera en conformidad que manifiesto frente al fallo de primera instancia en segundo lugar es clarísimo también que ya como se ha explicado en las diferentes oportunidades procesales seguros confianza fue llamada este proceso en virtud de llamamiento en garantía por

el Fondo Nacional del ahorro solicitando que se afecte una póliza suscrita por seguros confianza terminada en el núm. 63 47 resulta que por la naturaleza de estas pólizas de cumplimiento de disposiciones legales los únicos beneficiarios y asegurados de esta poliza, por lo tanto los únicos que pueden vincular a un proceso administrativo ante el Ministerio de trabajo que es la forma de afectar estas pólizas eran directamente los trabajadores es claro que aquí estamos ante una evidente falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional para vernos llamado garantía situación que no fue resuelta en el en el fallo de primera instancia; adicional a ello el despacho ordena o extiende la condenada por sanciones moratorias a seguros confianza y ordena la afectación de 2 pólizas diferentes a las cuales nosotros fuimos vinculados en este proceso es decir a la póliza 7987 y 8460 son dos pólizas que como podrá observar el honorable Tribunal no fueron vinculadas a este proceso dentro del llamamiento en garantía que se hizo por parte del fondo no fuimos demandados directamente por los demandantes y tampoco por optimizar con fundamento en las dos pólizas que fueron aportadas con posterioridad y ya en la audiencia de alegaciones y fallo del presente proceso es claro entonces señores magistrados la total improcedencia de la afectación de estas dos pólizas de cumplimiento por las cuales hoy nos condenan sin haber sido vinculados con base en ellas; finalmente es importante aclarar que frente al límite de las acciones moratorias que fueron declaradas en este proceso claramente y ya hay jurisprudencia, hay antecedentes jurisprudenciales sobre este caso la sanción moratoria debió haberse limitado al 15 de febrero del 2016 que fue la fecha en la que fue admitida en reorganización optimizar servicios temporales ya hay antecedentes frente a estos procesos con identidad de partes y por lo tanto solicito que se aplique En este sentido y subsidiario de lo anterior en el despacho de primera instancia extiende la sanción moratoria en los 3 casos a fechas posteriores a los dos años de la terminación del contrato laboral cuando la normatividad es clara que la sanción moratoria procede hasta los 24 meses siguientes a partir del mes 25 no generan intereses moratorios aquí se excedieron esos plazos que ha fijado la norma. En este sentido solicitó honorables magistrados que se estudie la sentencia de primera instancia y se revoque lo que concierne a la sentencia en que fue extensivo a seguros confianza S.A afectando dos pólizas por las cuales nos fuimos vinculados y solicitó que en consecuencia se absuelva a seguros confianza de las pretensiones del llamamiento en garantía que se le hizo y se condena en costas al Fondo Nacional del ahorro al no contar con legitimación en la causa por habernos vinculado al proceso otra vez gracias.

PROBLEMA JURIDICO

- 1.** Establecer si el FNA es solidariamente responsable de las condenas impuestas a la demandada Optimizar
- 2.** Analizar si Optimizar Servicios Temporales debe ser absuelta por indemnización moratoria o en caso de establecer la condena, si la misma debe limitarse al 15 de febrero de 2016
- 3.** Estudiar la responsabilidad de Confianza Seguros S.A.

CONSIDERACIONES

En este asunto no fue objeto de reproche la vinculación de los demandantes con la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. y que la ejecución de sus labores se realizó a favor del Fondo Nacional del Ahorro, lo que se corrobora con documentales visibles a folios 103, 104, 115, 121, 167, 168 del plenario, contentivas de contratos laborales suscritos bajo la modalidad de obra o labor determinada por cada uno de los demandantes, así como formatos de liquidación de contrato de trabajo y certificación laboral, que dan cuenta que fueron enviados a laborar en misión para el Fondo Nacional del Ahorro.

Tampoco ofreció reparo que a los demandantes les fue cancelado el valor de las prestaciones laborales causadas y que **el contrato con todos los demandantes finalizó el 30 de septiembre de 2015** (fls.105, 116 y 122).

Ahora bien, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en pronunciamiento radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018, reiteró que la contratación a través de sociedades temporales que desborde las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, impone la declaratoria de la relación laboral a cargo de la Empresa para la cual el trabajador prestó sus servicios, así se pronunció en dicha oportunidad esa alta Corporación:

*“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. **Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.***

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no

descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal **para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹**.

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no **pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.** (negrilla fuera del texto original).

Conforme lo anterior, según documental contentiva de contratos No. 275 de 2014 y 147 de 2015, visibles en cd de folio 214, dan cuenta que el objeto del contrato suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y la empresa de servicios temporales aquí demandada, Optimizar S.A. **fue el suministro de personal en misión, que permita cubrir las necesidades del crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro;** del mencionado objeto se observa claramente, que el suministro de personal en misión durante la vigencia de los contratos de 2014 y 2015 se encontraba dirigido a cubrir aumentos de la producción, ya que para lograr el objetivo de crecimiento y expansión, el demandado FNA requiere aumentar el cubrimiento de los servicios por este prestados, así como incluir nuevos; razón por la cual y contrario a lo señalado por el apoderado de la parte actora en la apelación, **la contratación que efectuara OPTIMIZAR de los demandantes como trabajadores en misión para el FNA, se enmarca dentro de las actividades autorizadas para contratar personal en misión, previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990,** razón por la cual, las sociedades demandadas no transgredieron las previsiones de la normatividad legal en mención, ya que **la vinculación de ninguno de los 3 demandantes**

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

excedió el término 6 meses, prorrogables por otros 6 autorizados para contratar personal en misión, circunstancia que se determina de liquidaciones de contrato de trabajo de cada uno de ellos (fls.171, 172 Y 173) que dan cuenta de la siguiente vinculación:

-Lina Marcela Posada del 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015

-Raúl Ernesto López del 4 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2015

-José Wuilmer Suárez del 13 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de ese mismo año

Así las cosas, se reitera, la contratación efectuada por Optimizar en favor del FNA, no contravino las previsiones de la Ley 50 de 1990 por cuanto el objetivo para el cual fueron contratados los demandantes, fue para aumentar la producción del FNA en aras de lograr su objetivo de crecimiento y expansión, aunado a que esta no superó el término permitido por dicha preceptiva legal; razón por la cual y como lo dijo el juez a quo, no le corresponde al FNA asumir responsabilidad alguna frente al pago de alguna condena.

En cuanto a la **indemnización moratoria** y que indica Optimizar no debe imponerse pues actuó de buena fe, al respecto se tiene la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la misma en principio no es automática y que esta solo procede cuando se encuentra probada la mala fe del empleador; de ahí que el concepto de buena fe traiga consigo que el empleador actúe correctamente y sin abusar de posiciones privilegiadas que pueda tener por lo que si pretende beneficiarse de ella deberá demostrarla con el fin de ser exonerado del pago de las aludidas sanciones e indemnizaciones, máxime si basta con que el ex trabajador afirme que hubo incumplimiento en el pago de sus salarios y/o prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato para que opere la presunción de mala fe del patrono.

En sentencia 22817 de 2005 rememorada en la sentencia 53793 de 2017 la misma Corporación expuso “para la imposición de la condena de indemnización por mora, no basta solo con que se demuestre que el empleador dejó de pagar al trabajador los salarios y prestaciones debidas

o pagó pero de manera deficitaria, sino que el juez está obligado a examinar la conducta desplegada por el empleador al momento de la terminación del contrato que lo llevó a la omisión del pago o a que lo hiciera de forma insuficiente”.

En este asunto al revisar la actuación de Optimizar, se tiene que a la fecha en que finalizaron los contratos con los demandantes no canceló las acreencias laborales a que tenían derecho, teniendo la obligación de hacerlo y tan sólo fue hasta después de más de dos años en que realizó el pago a dos de los actores, a la señora Lina Posada el 28 de noviembre de 2017, al señor Raúl López el 14 de diciembre de 2017 y al señor José Wuilmer Suárez el 7 de noviembre de 2017 (fls.293 a 295), sin presentar razones atendibles para tardarse tanto en el pago, es por eso que coincide la Sala con la imposición de tal indemnización.

Límites temporales de la indemnización moratoria

Sobre este punto y **a partir de la presente decisión, la Magistrada sustanciadora modifica su criterio y recoge cualquier decisión en contrario, para en su lugar** señalar que la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido buena fe en las empresas que se encuentran en situación de reorganización empresarial, o en procesos de liquidación, pues en dichas circunstancias el empleador pierde autonomía para administrar sus bienes y definir el orden de pago de las obligaciones que adeuda. En los procesos concursales, regulados en la Ley 1116 de 2006, la ley dispone que la sociedad “no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, pues conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”, y por ello las decisiones del agente liquidador deberán tener relación directa con la liquidación, y deberán someterse a los límites y las reglas legales del proceso, que imponen unos momentos específicos para hacer pagos a acreedores y la prioridad específica que tienen las acreencias.

Bajo los anteriores lineamientos, la sanción debe limitarse no al 15 de febrero de 2016 como lo solicita Optimizar en la apelación, pero sí **desde el 30 de septiembre de 2015 hasta el 17 de noviembre de 2016**, fecha en la cual, según el certificado de la Cámara de Comercio aportado a folio 143

del expediente, se dictó el auto N° 400-002550 mediante el cual se decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de la demandada para quedar entonces un total por ese concepto de la siguiente manera:

-LINA MARCELA POSADA GUTIERREZ del 30 de septiembre 2015 al 17 de noviembre de 2016 teniendo en cuenta un salario de \$4.800.000, la indemnización asciende a \$65.280.000

-RAÚL ERNESTO LÓPEZ JARAMILLO del 30 de septiembre 2015 al 17 de noviembre de 2016 teniendo en cuenta un salario de \$5.200.000, la indemnización asciende a \$70.720.000

-JOSE WUILMER SUAREZ SAAVEDRA del 30 de septiembre 2015 al 17 de noviembre de 2016 teniendo en cuenta un salario de \$2.300.000, la indemnización asciende a \$31.280.000

En ese sentido **se modificará el numeral quinto de la sentencia apelada.**

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de **Confianza S.A.**, sea lo primero señalar que no es esta la oportunidad para presentar inconformidades respecto de las pruebas documentales aportadas e incorporadas en primera instancia al expediente, específicamente las pólizas que fueron allegadas por la parte demandante en audiencia del 9 de julio de 2019 y frente a la que no hubo oposición alguna por Confianza y en general, por ninguna de las partes, así que se analizará lo relacionado con su cobertura.

A folios 472 a 474 reposan pólizas suscritas entre Confianza y Optimizar Servicios Temporales, todas con el objeto de cubrir el pago de prestaciones sociales e incluso indemnizaciones de los trabajadores en misión de Optimizar así:

- Póliza N° DL008460 vigencia 1 de enero de 2016 a 1 de enero de 2017
- Póliza N°DL007987 vigencia 1 de enero de 2015 a 1 de enero de 2016
- Póliza N° DL006347 vigencia 2 de enero de 2014 a 1 de enero 2015

Con lo anterior se tiene que, como acertadamente lo dijo el juez a quo, sí debe condenarse a Confianza a responder por concepto de indemnización moratoria, pues pese a haberse absuelto al Fondo Nacional del Ahorro,

Optimizar suscribió con esta Aseguradora una póliza para cubrir este tipo de contingencias; así las cosas el amparo lo debe ser por el monto que cubra la vigencia de dicho contrato, en este caso, desde el 1 de octubre de 2015 (día siguiente a la terminación del contrato) y hasta el 17 de noviembre de 2016 (fecha hasta la cual se limitó la condena por concepto de indemnización moratoria y data en la cual se encuentran vigentes dos de las pólizas ya citadas), en ese sentido se modificará el numeral octavo de la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar limitar y condenar por concepto de indemnización moratoria así:

-LINA MARCELA POSADA GUTIERREZ del 30 de septiembre 2015 al 17 de noviembre de 2016 \$65.280.000

-RAÚL ERNESTO LÓPEZ JARAMILLO del 30 de septiembre 2015 al 17 de noviembre de 2016 \$70.720.000

-JOSE WUILMER SUAREZ SAAVEDRA del 30 de septiembre 2015 al 17 de noviembre de 2016 \$31.280.000.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL OCTAVO de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que las pólizas suscritas entre Optimizar Servicios Temporales y Aseguradora Confianza cubren la condena por indemnización moratoria limitadas las mismas hasta el 17 de noviembre de 2016.

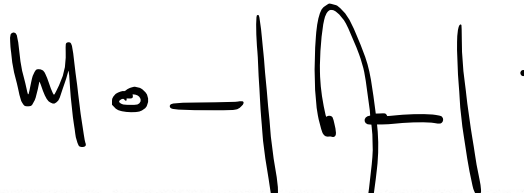
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARKENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2018-519-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EUGENIA GONZALEZ RODRIGUEZ

DEMANDADO: LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

Se **ACEPTA LA RENUNCIA** presentada por la Dra. Lucila María Calderón Guacaneme como apoderada de la Nación –Ministerio de Salud y Protección Social-, toda vez que ha sido presentada en los términos del art. 76 del C.G.P. (fl.562)

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de la Nación Ministerio de Salud y Protección Social al Dr. Nelson Rodrigo Álvarez Triana identificado con c.c. 79.729.540 y T.P. 203664 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder conferido (fl.564)

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 7 de mayo de 2019 proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la demandada PAR ISS y UGPP.

ANTECEDENTES

La señora EUGENIA GONZALEZ RODRIGUEZ por intermedio de apoderado judicial, solicita se DECLARE que estuvo vinculada con el ISS a través de contrato de trabajo desde el 6 de mayo de 1997 hasta el 31 de marzo de 2015 desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 16, como consecuencia de ello, se reliquiden las prestaciones, vacaciones e indemnizaciones legales y extralegales a que tiene derecho. (fl.219)

HECHOS

-Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis, que ingresó a laboral al extinto ISS el 6 de mayo de 1997 a través de contrato a término indefinido desempeñando el cargo de Ayudante Grado 8, pero siempre desempeñando labores distintas a las de su cargo.

-A partir del 1 de julio de 1997 la actora fue asignada como Auxiliar de Servicios Administrativos en la Coordinación de Afiliación y Registro.

-Desde el 11 de noviembre de 1997 se le informó a la demandante que debía laborar realizando recibos de pago para trabajadores independientes, elaborar carnés de medicina familiar, en fin, labores propias del cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos Grado 16.

-El contrato terminó el 31 de marzo de 2015 con ocasión de la extinción del ISS, es beneficiaria de las convenciones colectivas celebradas con el ISS y aunque ha reclamado administrativamente la reliquidación de vacaciones y prestaciones, no le han respondido favorablemente. (fl.221)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CONSORCIO FOPEP 2015 contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la genérica. (fl.240)

La **UGPP** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho 1 y en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción. (fl.315)

La **NACION MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la solidaridad, prescripción y la genérica. (fl.324)

El **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho, pago, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, cosa juzgada, prescripción y la genérica. (fl.355)

La demanda fue reformada en relación con las pruebas documentales, se aportaron las relacionadas a folio 367.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 6 de mayo de 1997 al 31 de marzo de 2015 para desempeñar el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos Grado 11 y condenó a la demandada Fiduciaria al pago de la nivelación salarial y reliquidación de prestaciones y vacaciones legales y extralegales. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió a las demás demandadas de todas las pretensiones. (fl.585)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

En cuanto a la vinculación laboral que unió a la demandante con el extinto I.S.S, se puede corroborar con las pruebas allegadas al proceso, en especial el contrato individual de trabajo suscrito el 21 de abril de 1997, pero en vigencia. A partir mejor del 6 de mayo de 1997, en donde la demandante es vinculada para desempeñar el cargo de ayudante grado 8, ubicada inicialmente en la sección de servicios generales seccional Cundinamarca, Folio 3 y 6. También aparece oficio 0412 del primero de julio de 1997, expedido por la gerente administrativa del extinto I.S.S seccional Cundinamarca mediante la cual se ordena la demandante prestar servicios en la coordinación de afiliación y registro a partir del 1 de julio 1997 Folio 7 también aparece acta de posesión núm149 a del 29 noviembre 1999, mediante la cual se posiciona la demandante en el cargo de ayudante grado 8, Folio 14. Resolución 3675 del 99 mediante la cual se ubica el cargo de ayudante grado 8 sección servicios generales sección Cundinamarca, en el departamento. En el departamento de historia laboral y nómina de pensionados se ubica la demandante seccional Cundinamarca y se traslada a la demandante dicho departamento para desempeñar dicho cargo Folio 1516. Igualmente parece inventario individual donde aparece la demandante con el cargo de auxiliar de servicios administrativos, se puede observar a Folio 28,32,48,51,62, aparece la resolución no. 8327 del 4 de marzo del 2015, mediante la cual se liquida y se ordena el pago del auxilio definitivo, de cesantías y indemnización y demás prestaciones de la demandante folio 81,82, la resolución 26 de marzo del 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición, folio 106 a 111 y la liquidación definitiva de prestaciones sociales de la demandante folio 83 de las anteriores pruebas, se puede colegir que la demandante laboró para el extinto I.S.S desde el 6 de mayo de 1997 hasta el 30 de marzo del 2015 a través de un contrato de trabajo mediante la cual se desempeñó como último cargo el de ayudante seccional Cundinamarca y devengando como última asignación salarial la suma mensual de \$1.157.113 pesos. Igualmente es importante señalar en la presente relación laboral, la demandante ostento la calidad de trabajadora oficial, pues el extinto Instituto de los seguros sociales era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, por regla general, quienes prestan sus servicios a ella son trabajadores oficiales, encontrándose la demandante dentro de esta calidad dada las funciones que desempeñaba. Establecido los anteriores presupuestos pasa el juzgado a estudiar las pretensiones de la demanda respecto de los reajustes y su diferencia de las prestaciones legales y extralegales por igualdad salarial. La parte demandante solicita que se re liquiden las prestaciones, tales como cesantías legales extra legales sin intereses a cesantías, vacaciones, prima de servicios, prima de Navidad auxilio de transporte, prima de localización, auxilio de alimentación convencional, indemnización por despido, todo ello con base en auxilio del salario del auxiliar administrativo grado 16 fue la que corresponde a la función desempeñada lo largo del vínculo laboral, Por lo anterior manifiesta que a pesar de haber tenido el cargo de ayudante seccional Cundinamarca. Grado 8 en virtud del principio supra legal de primacía de la realidad, Folio 53, perdón, artículo 53, Constitución Nacional solicita se declare que durante la vigencia del contrato de trabajo que desempeño de forma continua e ininterrumpida el cargo de auxiliar administrativo grado 16, fue el cargo, que corresponde a las verdaderas funciones desempeñadas a lo largo del vínculo laboral, por lo tanto, se declare que no desempeñó el cargo que nominalmente le fue otorgado, esto es el de ayudante de servicios generales, si no

es de auxiliar administrativo, pero es claro que la parte demandante lo que pretende establecer es la ocurrencia del traslado para realizar otras funciones. Distintas a las que inicialmente había sido contratada o hacían otros funcionarios, ahora en lo que hasta aquí analizado se puede observar que la demandante inicialmente fue contratada como ayudante grado 8, siendo ubicada inicialmente la seccional en la sección de servicios generales seccional Cundinamarca. Tal como da cuenta el contrato de trabajo y su a folio 3 y 6. Y del mismo modo, se puede vislumbrar que el último cargo que ostentó, de acuerdo a esta documental fue el de ayudante en la sección de administración de documentos. Como se aprecia en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, Folio 83 y por ello, en aras de resolver la presente temática, se debe verificar si conforme a las funciones que desempeña la parte actora. En el cargo de ayudante es procedente asimilarlo al cargo de auxiliar administrativo y con base en ello encontrar las diferencias en salarios y prestaciones que se aducen le fueron menoscabadas Por su parte, el extinto I.S.S a través de la resolución 2800 del primero de julio de 1994, Folio 112 a 147, estableció el manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleados. Qué de dicho Instituto y a través de este documento se desarrolla en diferentes capítulos lo relacionado con las distintas funciones generales de los respectivos servidores según el nivel jerárquico en donde se observa la clasificación de los niveles directivo, asesor, Ejecutivo, profesional, técnico, auxiliar y operativo, los cuales van de la mano de acuerdo con la naturaleza general de las funciones. Y allí mismo se exponen los requisitos para el desempeño de los empleados, además aquí se destaca que entre el determinado rango y otro existen diferencias. Para resolver al respecto la nivelación salarial, este juzgado trae a colación lo dispuesto en el texto original. Del artículo 10 del código sustantivo del trabajo, según el cual todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de su labor, su forma de retribución, salvo las excepciones legales. Igualmente se debe hacer referencia al artículo 143 de la misma preceptiva en su texto original, establece que, al trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en estos todos los elementos a qué se refiere el artículo 127 sin que sea procedente hacer distinciones por razón de sexo, edad, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se desconoce el principio de salario igual trabajo, igual se crea una discriminación laboral reprochable, por tanto, es claro que, dentro de la relación laboral, lo que determina el salario de los trabajadores son las tareas que efectivamente cumplen y no las formalidades, tal y como lo establecen los principios constitucionales de la primacía de la realidad solo las formas establecido en artículo 53 Constitucional. De ahí que, conforme al principio de la carga dinámica de la prueba en materia laboral, el trabajador le corresponde, demostrar únicamente las diferencias de salarios y la identidad del cargo y las funciones, mientras que los empleadores es quien le corresponde demostrar que la diferencia salarial obedece a criterios objetivos, esta posición en criterio de la jurisprudencia del honorable Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral Sentencia S.L 16404 del 2014, se acompasa con el numeral tercero del artículo 7 de la ley 1496 de 2011, que reforma el artículo 143 del código sustantivo, del cual materializó la carga dinámica de la prueba al establecer que todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presume injustificada hasta tanto, el empleador demuestra factores objetivos de diferenciación norma, que ilustra los parámetros

que sobre el particular ha consolidado el estado para hacer frente a los actos de discriminación en asuntos de carácter salarial, al ser un desarrollo integral de lo dispuesto en el convenio número 111 de la organización Internacional del Trabajo para determinar entonces si la demandante cumplió o no con su carga procesal de demostrar la diferencia de salarios y la identidad de cargo y funciones procede el juzgado a examinar las pruebas recaudadas. En el expediente los siguientes términos. Se recepción interrogatorio de parte demandante manifestó que suscribió contrato de trabajo como trabajadora oficial del I.S.S desempeñó el cargo de ayudante de servicios generales grado 8, pero en ningún momento realizo esas funciones, sus funciones cuando inició su contrato fue de auxiliar de afiliación y registro en ventanilla y su labor consistía en atención al usuario en todo lo que eran afiliaciones en cuanto al ingreso al I.S.S. tenía como estudios de técnica profesional cuando ingresó al I.S.S. como estudio técnica profesional en Administración bancaria, instituciones financieras, de la cual se graduó del año 1994 en ese momento solamente eran esos eran sus estudios que nunca solicitó algún ascenso al Seguro Social, ingresó desde el 6 de mayo de 1997 al I.S.S iniciando sus labores en la parte administrativa de la seccional Cundinamarca, ubicado en la calle 19 de la sede QDCON sus funciones eran las de hacer afiliaciones a los 3 riesgos, posteriormente, noviembre del 99 fue trasladada pensiones, departamento de atención al pensionado y ahí realizo funciones de secretaria del grupo de tutelas y se mantuvo hasta el año 2004, era encargada de hacer el reparto de las tutelas a los abogados, contestar a los juzgados con sus respectivas resoluciones, así al ingreso de nómina de los expedientes de los pensionados del grupo de tutelas. Posteriormente fue enviada Directamente a la parte de pensiones en el año 2005 el duro hasta el 2008 ejerció funciones de Secretariado, pero no tenía algún estudio de Secretariado, sus funciones eran las de asistir a los médicos a elaborar dictámenes médicos, los cuáles elaboraban conforme a lo indicado, como lo indicaba el respectivo médico y luego lo notificaba para el año 2008, volvió QDCON y volvió y recibía La radicación de los derechos de petición reparto de estos derechos de petición a las correspondientes dependencias y eso se llamaba participación ciudadana, allí duró hasta el año 2009, luego fue trasladada cedritos, que era Ei CAP ahí manejaba lo que ha sido la verificación de las historias laborales, luego el año 2010 fue enviada al CAP de Fontibón y ahí realizaba funciones de notificadora de las resoluciones de pensiones, ahí estuvo hasta que cerraron este CAP que fue más o menos hasta el año 2014, de ahí volvió nuevamente Q de con a seguir notificando los rezagos que quedaban hasta noviembre más o menos del 2014 o de diciembre del 2014. Posteriormente, en diciembre ya la mandaron a hacer archivos en la parte de gestión documental. Archivos para el cierre total de I.S.S hasta el 31 de marzo del 2015 Y ahí manejo gestión documental de archivos, el I.S.S le hacía anualmente le hacía pagos con sus respectivos incrementos y que nunca solicitó que se le nivelar asu salario. También se recibieron varios testimonios, 1 de ellos fue el de Libia Gómez conoció la parte demandante del 99 porque ella ingresó a laborar a I.S.S pensiones, la testigo. Laboro en el I.S.S desde 1989 hasta el 2004, fecha en la que se pensionó el departamento de atención al pensionado y luego en incapacidades, que trabajó directamente con la demandante porque allí fue donde la conoció, que vio que la demandante todo el tiempo cumplido funciones del grupo de tutelas en donde ella hacia el reparto de los abogados y le conoció cuando estaba la doctora Ofelia, que era la jefa de la actora. Solamente les costa su trabajo hasta el mes de octubre del 2004, porque en ese momento fue jubilada y que trabajaba en Tutelas la señora demandante. Que veía permanentemente la actora en el

ejercicio de su cargo, siempre la vio ejercer Funciones de secretaria mientras estuvo en el I.S.S, señalaba la testigo, nunca vio a la actora ejercer labores de ayudante. Pues la demandante siempre tuvo labores en oficina. Por su parte, el testimonio de Sandra Isabel Mesa manifestó lo siguiente, que la testigo ingresó a laborar al I.S.S en 1992 y laboro hasta el 24 de junio del 2008 que conoció la demandante en el I.S.S para el año 2005 aproximadamente la seccionales Cundinamarca estuvo en la sede del edificio Bochica hasta el mes de junio del 2008, cuando llegó, la actora hace desempeñaba en el puesto de atención al pensionado en la seccional Cundinamarca. en el área de tutelas y con él que la demandante estuvo en el plan choque directamente con la testigo. Que la demandante estuvo en el plan de choque desde el mes de octubre del 2005 hasta junio del 2008, allí sus funciones era el manejo operativo de los expedientes para la dirección de estos a las diferentes áreas para recopilar la prueba, que era la historia laboral y lo entregaba a los abogados o los remitía al competente para resolver que el plan de choque era un grupo dependencia. Que dependía de la Presidencia de la I.S.S la actora, fue trasladada allí. Por instrucción verbal, a la demandante se le daban instrucciones de que debía hacer que era prácticamente las mismas que ejercían el grupo de las mismas funciones ejercidas otra persona de planta cómo era la señora Matilde Aldana y Sara Aguirre, pero en realidad eran muy pocas y que recuerda que la señora Matilde Aldana tenía el cargo de auxiliar de servicios administrativos. Al interior del I.S.S existían unas resoluciones en donde se determinaban los cargos y su remuneración, existen cargos de trabajadores oficiales. Que establecían las funciones de ayudante de servicios generales y estas personas eran las que se encargaban del aseo y la cafetería. La demandante nunca desempeño estas funciones siempre ejerció funciones de auxiliar administrativo, básicamente era recepción de solicitudes de pensión y que la demandante le pagaban como ayudante de servicios generales. Lo recuerdo porque participó del plan de retiro del I.S.S la demandante, nunca le solicito alguna nivelación a I.S.S directamente de su salario. Por su parte, la señora Patricia Bustos Rosales manifestó que laboro en I.S.S desde 1982 hasta finalizar la vida jurídica del I.S.S, esto es hasta el 2015 que estuvo como contratistas del 92 al 97, cuando en el 97 ya ingreso a la planta de personal que conoció la demandante en este año, en el 97. Por qué las testigos laboraban el departamento de afiliación y registro allí era secretaria, desempeñando su labor en el edificio QD con, allí fue que la demandante llegó a trabajar ese departamento en donde atendía las ventanillas. Para recibir las solicitudes de afiliación, pensiones, arp en ese momento luego fue enviada al grupo del sistema ALA y estuvo como secretaria este departamento, ahí le tocaba recibir y manejar procesos de ese sistema ALA con el jefe y otros compañeros más de planta. Igualmente tenía funciones para dar respuestas a las empresas de pronto. Si les hacía falta algún documento, ella estaba pendiente del archivo, estaba pendiente de las líneas telefónicas de las llamadas, ahí la testigo estuvo con la demandante hasta el 99. Para el año 2013, la actora volvió QD con ahí se reunieron todos nuevamente y ahí llegó la actora a realizar archivos, a buscar los expedientes que se necesitaban y se encontraban en la Zona Franca. Que en esa época era lo único que hacían porque ya no había más nada que hacer, ahí estuvo en la Zona Franca hasta marzo del 2015, que fue cuando los sacaron a todos. La demandante, cuando estuvo en el sistema ALA estuvo con 3 personas de plantas que estaban nombradas como auxiliares de servicios administrativos que hacían las mismas funciones que ella era la señora Rosita y era otra señora Fabiola y el jefe, el señor Gilberto bello, que no sabe cómo le asignaron funciones a la demandante, pero que se enteró que la demandante estaba a cargo.

Oh estaba. O tenía el cargo de servicios generales que nunca la vio ejecutando, esa clase de funciones que no conoce que existía. Diferencia de salarios. Que ella hubiese solicitado a I.S.S. En tal sentido de las pruebas obrantes. Oh anteriormente señaladas, que pasa el despacho analizar conforme artículos 60 y 61 del CPTSS se observa lo siguiente en cuanto a la prueba documental se aprecia en el plenario de los siguientes documentos, contrato individual de trabajo, el cual tuvo vigencia a partir del 6 de mayo de 1997 donde la actora fue vinculada para desempeñar el cargo de ayudante grado 8. Siendo ubicada inicialmente En la seccional Cundinamarca, sección de servicios generales. Realizar labores de dicho cargo, Folio 3 y 6 también aparece oficio 042 del primero de julio de 1997, dirigido a la demandante por la gerente administrativa de la seccional con Cundinamarca del extinto I.S.S y ante las cuales, le da ordena de prestar sus servicios en la coordinación de afiliación y registro a partir del primero de julio de 1997, Folio 7 oficios. 125000 del 24 de junio del 97, dirigido por la gerente de administrativa seccional Cundinamarca, al doctor Gustavo cabello Sánchez, jefe del departamento de recursos humanos para que fuera enviada al actora en comisión a prestar sus servicios en el departamento de afiliación y registro Folio 9. Oficio 0621 de 1997 0621- 2317, dirigido a la demandante por el jefe departamento comercial seccional Cundinamarca, para que a partir de esa calenda prestará sus servicios en la ventanilla numero 2 realizando Recibos de pago a trabajadores independientes, organizar el archivo, vinculaciones de salud, pensión, riesgos profesionales y además de vida laboral, el carnet de Medicina familiar folios 10 me aparece el acta de posesión núm149 de1999, mediante la cual la actora se posesiona del cargo de ayudante grado 8. folio 14. Resolución 3675 de 1999 mediante la cual se ubica el cargo de ayudante grado 8 sección servicios generales seccional Cundinamarca en el departamento seccional de historia laboral y nómina de pensionados seccional Cundinamarca y se ordena igualmente trasladar a la demandante a ese departamento para que desempeñen el cargo de ayudante grado 8, Folio 15 y 16. Acta de visita administrativa realizada el 13 de noviembre del 2001 al grupo de corrección de cuentas de historia laboral seccional Cundinamarca del I.S.S por la Procuraduría General de la nación delegada En asuntos laborales, Folio 22 y 25, en donde la demandante intervienen en dicha diligencia como funcionaria del I.S.S en el cargo de ayudante de servicios encargada de funciones de Secretaría, acta de inventario individual realizada el 28 de noviembre del 2012, en donde la demandante la suscribe como auxiliar de servicios administrativos Folio 2862 formulario de solicitud de pensión. Vejez diligenciada por la demandante a un afiliado y con fecha de radicación 24 de septiembre del 2003 folio 29 y 30 memorando NP 0620699 del 7 de junio del 2004, mediante las cuales interrumpen las vacaciones de la demandante y en donde se establece como el cargo desempeñado durante servicios. Administrativo folio 31 Acta de notificación del dictamen o evaluación de pacientes de enfermedad común emitido por el I.S.S en donde se determina la fecha de estructuración y preceden afiliados diligenciado. Diligencia que es realizada o efectuada por la demandante Folio 34 y 36 recepción de documentos efectuada por la demandante. Folio 37 a 51,59,60,76,77. Proyección de pensión 21 de enero del 2008. Folio, 58 personas 52 y 53 detalle de movimientos de solicitud en donde se aprecia que algunos expedientes son enviados a la demandante efecto de realizar su reparto. Folios 54,57. Solicitud, acreditación de documentos de formación académica de la demandante, efectuada por el jefe de recursos humanos de la seccional Cundinamarca, Folio 63, su respectiva respuesta, mediante la cual la demandante llega documentos con los cuales acredita sus

estudios folio 64,66, autorizaciones de médicos de servicios médicos revisadas por la demandante Folio 67,70, notificación de resoluciones de reconocimiento, Folio 72,73,74. Formato de control de usuario del 30 de julio del 2012, suscrito por la demandante Folio 78. Certificación del Ministerio de salud sobre la asignación mensual, junto con los factores salariales de todo por todo concepto legales y extralegales establecidos mensualmente a cargo del auxiliar administrativo para el periodo enero de 1997 y marzo del 2015, folios 79 a 82. Resolución 8327. De 2015 4 de marzo, mediante la cual se liquida y se ordena el pago de auxilio definitivo, cesantías, indemnizaciones y prestaciones de la demandante fue el 81,82. Resolución de 26 de marzo de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición de la resolución anterior mente y la 8327 del 2015 folio. 106 y 111. Liquidación definitiva de prestaciones sociales, Folio 83 resolución 2800 de 1994 expedida por el I.S.S folio 112 y 138, resolución 1798 del 95, mediante la cual el I.S.S modifica el manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleados de dicha entidad, folio, 139, 147. Comprobantes de nómina de pago, Folio 205, 218. Conforme a todas estas pruebas queda evidenciado que la parte actora logra acreditar la identidad de las labores que realizó la demandada en vigencia de su contrato y por ello es importante remitirse la resolución 2800 de 1994 Folio 112 138, mediante la cual se establece el manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleados de en dónde en el capítulo segundo determina las distintas funciones generales de los empleados según el nivel jerárquico, observándose la respectiva clasificación como son el de directivo, asesor Ejecutivo, profesional técnico, operativo de las cuales van de la mano, de acuerdo con la naturaleza general de sus funciones. Igualmente, aquí se exponen los requisitos para el desempeño de los empleos al respecto. Como ya quedó acreditado, la demandante fue vinculada en el cargo de ayudante grado 8, en donde según la resolución 2800, sus funciones corresponden al nivel operativo, según lo establece en su artículo 62, cuyas funciones generales enmarca en el artículo 13. De dicha normatividad, Folio 106, no vamos a leerlas porque son muy extensas, remitimos a esos folios. Hay 12 funciones de manera general a ver en cuanto a la función del nivel auxiliar, el cual arguye la parte actora, haber realizado. Igualmente se remite el juzgado a la resolución 2800 ya no en el artículo 13, sino en el artículo 12 establece las funciones generales. Generales de dicho cargo. Dicho nivel auxiliar las cuales. Igualmente nos remitimos a la misma resolución. Donde aparecen 16 funciones. Para no ser más extensa la sentencia, nos remitimos a esa documental, ahora atendiendo a las funciones de manera general ahora en cuanto a las funciones asignadas al cargo de ayudante. Es claro que, desde el inicio de la relación laboral, la actora nunca las desempeño. Eso está claro, tal como se pudo apreciar con las documentales, las mismas documentales arrimadas al plenario, a pesar que fue vinculada para desempeñar el cargo de ayudante grado 8, se pudo verificar que prestó sus servicios en el departamento de afiliación y registro Folio 9 se observa cuando se ordena cumplir sus funciones allá. En la coordinación de afiliación y registro, también Folio 7 en el departamento comercial seccional Cundinamarca, en la ventanilla núm 2, realizando los recibos de pago de trabajadores independientes, organizando el archivo de vinculación de salud, pensiones, riesgos profesionales en ese momento, además debía elaborar los carnés de Medicina familiar Folio 10, se puede observar también atendió la visita administrativa realizada el 13 de noviembre del 2001, el grupo de corrección de cuentas de historia laboral seccional Cundinamarca del I.S.S. Visita de la Procuraduría General de la nación, delegada en asuntos administrativos, la atendió la demandante folio 22 a 25,

también se puede observar en donde la demandante interviene dicha diligencia como funcionaria de I.S.S en el cargo de ayudante de servicios encargada de funciones de secretaria, elaboró acta de inventario individual en donde las suscribe como auxiliar de servicios administrativos Folio 28 y 62. Igualmente diligenciaba formulario de solicitud de pensión vejez Folio 2930 notificaba dictámenes donde se determinaba la fecha de estructuración de la pgl los afiliados Folio 34 y 36, recepción de documentos, Folio, 37,50,51,59,60,76,77 proyectaba, resoluciones de pensión o notificaba mejor. 52 y 53, realizaba el reparto de expedientes 54,57 realizaba autorizaciones de servicios médicos Folio 67a70. Eso se encuentra en documentales. Igualmente, lo anterior se puede corroborar con las declaraciones de los testigos Libia Gómez, Sandra Isabel Meza Debía y Patricia Bustos Rosales, a través de las cuales se pudo establecer que la demandante desempeño, otras funciones distintas a las instituidas en el cargo de ayudante grado 8 de sus dichos, igualmente se concuerda con lo señalado por la actora en el interrogatorio de parte. Por lo tanto, se tiene que, desde el momento de su vinculación, la parte actora cumplió funciones en grupo de tutelas, en donde hacía el reparto de abogados haciendo funciones de Secretariado, estando en esa dependencia desde 1999 hasta octubre del 2004, del mismo modo estuvo en el plan de choque del I.S.S desde el mes de octubre del 2005 hasta el año 2008, allí sus funciones era el manejo operativo de los expedientes, los cuales, dirección a las diferentes áreas para la recopilación de la prueba como podría ser la historia laboral. Y las demás solicitudes las entregaba a los abogados y las remitía al competente para su resolución, de la misma manera atendía las ventanillas para recibir las solicitudes de afiliación de los 3 riesgos, siendo luego enviada al grupo del sistema Ala y estuvo como secretaria de ese departamento. Recibimos en el proceso en ese sistema. Con el jefe y los otros compañeros más de plantas que realizan las mismas funciones. También daban respuestas a las empresas en lo que tenía que ver si les hacía falta documentos, además estaba pendiente del archivo líneas telefónicas. Posteriormente volvió a Qdecon en el año 2013 y ahí los reunieron, se reunieron todos nuevamente llegando. A ese lugar a revisar y a mirar archivos, a buscar los expedientes que necesitaba y que se encontraban en la Zona Franca en esa época era lo único que hacían porque ya no había más nada que hacer manifestaron los testigos que estuvieron hasta la Zona Franca hasta marzo del 2015, pero son claros en recalcar que jamás cumplió funciones de ayudante grado 8, cómo funciones de aseo Luego, conforme la resolución 2800 1994. Que contenía el manual de funciones y los requisitos para desempeñar los empleos del extinto I.S.S y revisadas y comparadas minuciosamente las funciones del nivel auxiliar y el nivel operativo queda debidamente acreditado que las funciones que desempeñaba la demandante claramente se enmarcan dentro del nivel auxiliar y no dentro del nivel operativo, pues el acervo probatorio analizado se pudo establecer. Que la demandante desarrollaba funciones, tales como reiteramos, revisar, clasificar y controlar documentos, datos y elementos relacionados, asunto de competencia del Instituto de acuerdo con las normas y los procedimientos respectivos orientar a los usuarios suministrar información, documentos o elementos que se han solicitado de conformidad con los trámites, las autorizaciones, los procedimientos establecidos. Informar al superior inmediato de forma oportuna sobre las inconsistencias, anomalías relacionadas con los asuntos, elementos o documentos encomendados, recibir, radicar, tramitar y distribuir documentos y correspondencia, también llevar y actualizar las hojas de vida de los equipos del Instituto, es decir, realizar inventarios. Y atendiendo el problema jurídico planteado, se entiende que

materialmente el verdadero cargo desempeñado por la demandante, conforme las funciones del extinto I.S.S corresponde a un cargo del nivel auxiliar del área administrativa y con base en ello se debe verificar si hubo diferencias salariales que hubiese llevado a una insuficiente remuneración de su trabajo por recibir un salario correspondiente a un cargo de menor rango, como lo era el de ayudante grado 8 así las cosas, al acreditarse que el extinto I.S.S la existencia de los cargos tanto a nivel auxiliar como el del nivel operativo y que este último que estaban donde estaba nombrada la demandante, era el cargo de ayudante y el otro nivel es el que materialmente desarrollo conforme a sus funciones del nivel del nivel auxiliar administrativo. Es decir, los dos cargos existían en la planta de personal de la entidad, dentro de los cuales se tenían establecidos o limitados debidamente sus funciones, en donde además en los grados correspondientes se tenían unas escalas diferentes de remuneración, tal y como se puede apreciar tanto en los comprobantes de pago de nómina del actor a que se observan a Folio 205 218 como la certificación de los valores devengados. De cargo de auxiliar administrativo del Estado expedido por el Ministerio de salud Folio 541 542 a fin de determinar la diferencia propia de la controversia de donde se advierte que efectivamente sí existía una diferencia salarial entre los cargos de nivel auxiliar y los del nivel operativo al cual pertenecía a la demandante ayudante grado 8, pues comparado inclusive con el de menor grado de auxiliar de servicios administrativos, existía una diferencia salarial, luego dada la implicación que tiene el salario o remuneración que debía tenerse en cuenta para el cálculo de las pretensiones, dado que la nivelación salarial pretendida resulta procedente como quiera que se acredite en el proceso que la actora ejerció labores propias del nivel auxiliar, pues las funciones y tareas asignadas por el extinto Instituto de seguros sociales y efectivamente ejecutadas por ella, como se acreditó, corresponden a las funciones mediante que mediante resolución 2800 del 94 en la entidad demandada estableció para los cargos de auxiliar de servicios administrativos de conformidad con los artículos 56 de dicha disposición, Folio 133 de lo cual a pesar de que la demandante acredita con documentos idóneos su formación académica, folio 6466 y su experiencia laboral, es decir, sus calidades para desempeñar el cargo del nivel auxiliar del área administrativa, lo cierto es que dentro del plenario se probó que la demandante nunca solicitó al ISS y eso lo dijo directamente la demandante en su interrogatorio de parte, al igual que los testigos, nunca solicitó a las que se nivelará su salario, con base en el cargo de auxiliar grado 16, por tanto, aunque según la mencionada disposición existía en la planta de personal, trabajadores oficiales del Instituto de seguros sociales, varios grados en el cargo de utilidad de servicios administrativos. Es por lo que este despacho para efectos de la nivelación salarial, tomar al menor grado, esto es el grado 11 y para liquidación de la nivelación se tendrá en cuenta los salarios certificados para el cargo de auxiliar administrativo de los diferentes grados expedido por el Ministerio por el Ministerio, por el Ministerio de salud, Folio 541 y 542, que evidencia una remuneración igualmente superior a la devengada por la demandante, por lo tanto, se dispondrá el incremento nivelación salarial que tenían teniendo en cuenta la remuneración percibida por la actora conforme los comprobantes de pago y la remuneración establecida para el cargo de auxiliar de servicios administrativos grado 11, advirtiéndose que se procederá a estudiar estas pretensiones, previo análisis de los dos aspectos necesarios la aplicación de la norma convencional todos favor de la actora y la excepción de prescripción. En los siguientes términos, en cuanto a la aplicación de la norma convencional suscrita por el I.S.S el Sindicato de Trabajadores sintra Seguridad Social, el 31 octubre del 2001, la cual se allegó al plenario

con la respectiva constancia de depósito del Ministerio de salud y protección social Folio 368 441, debe señalarse que todos los trabajadores oficiales son beneficiarios de la citada convención colectiva, tal y como se dispone el artículo tercero. a no ser que haya renunciado expresamente a sus beneficios, por ende, en este caso resulta aplicables las normas convencionales pues no se advierte renuncia de la parte actora la norma extralegal al contrario se observa la solicitud de afiliación que elevó a la organización sindical radicada en el mes de junio 1997, Folio 8 en cuanto a la prescripción, dado que la vinculación laboral terminó el 31 de marzo de 2015. Siendo que la demandante reclamó sus acreencias ante la demandada dentro de los 3 años siguientes, esto es 30 de junio de 2017. Como se puede ver a Folio 148, 157, 150, perdón es por lo que se declararan prescritas todas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 30 de junio de 2014. Esto es tres años contados desde la reclamación administrativa salvo lo que tiene que ver con el tema de las vacaciones que se declararan prescritas 30 de junio del 2013. En estos términos pasa el juzgado a estudiar cada una de las pretensiones y acreencias laborales reclamadas en la demanda en los siguientes. Que se establecen los siguientes términos, incremento o nivelación salarial teniendo en cuenta los razonamientos ya esbozado, se dispondrá el incremento, nivelación salarial teniendo en cuenta la remuneración percibida por la actora conforme al cargo de ayudante grado 8 y la remuneración establecida en el cargo auxiliar de servicios administrativos grado 11, obteniendo una diferencia salarial entre el 30 de junio del 2014 al 31 de marzo del 2015, tiempo que no se encuentra prescrito un valor total por diferencia salarial en este periodo de tiempo de \$1.402.761 pesos conforme se establece en el cuadro anexo, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, solicita la demandante el pago del auxilio de cesantías. Así las cosas por los servicios prestados por la demandante a la demandada se causa a favor la diferencia del pago de las cesantías por el periodo anteriormente señalado. Teniendo en cuenta que no. Teniendo en cuenta que efectivamente se dio cancelación, solo procede la reliquidación por este periodo de tiempo se establece como re liquidación de cesantías el valor de \$1.196.876 pesos. En cuanto a los intereses a las cesantías se establecen convencionalmente en el artículo 62 de la convención colectiva, dispone el pago de intereses a una tasa del 12% anual sobre el auxilio de cesantías que es la establecida legalmente y es por lo que conforme la reliquidación de cesantías y teniendo en cuenta el periodo prescrito, la reliquidación de intereses asciende a la suma total, \$66.232 pesos. Prima de servicios. Prima de servicios y prima. Prima de servicios legales, prima de servicios convencional de conformidad con lo dispuesto en el decreto 31.

RECURSOS DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Muy amablemente solicito se modifique la sentencia que acaba de proferirse en primera instancia en los aspectos que de manera por muy puntual señalaré así: el primer aspecto es en no relacionado con el grado que fue utilizado como referente para efectos de la reliquidación de todas las condenas impartidas esto es tiene en cuenta el juzgado de conocimiento y como equivalencia en relación con el cargo desempeñado el grado 11 y no el 16 en los términos que se solicitaron en la demanda al respecto manifiesto de manera muy

respetuosa inconformidad para que en su lugar el honorable Tribunal tenga como grado referente para efectos del salario que ha debido tenerse en cuenta el grado 16 por las siguientes razones en primer lugar acierta el despacho cuando la tesis sobre la cual se edifica pues toda la solicitud de igualdad salarial lo es no sobre un concepto de eficiencia sino una simple manifestación de demostración de las verdaderas funciones desempeñadas en el cargo esto es que nunca la aquí demandante desempeñó las labores de ayudante como lo hizo si en el nivel de auxiliar luego desde esa tesis sobre las cuales se edificó la sentencia que entre otras está sustentada o nace de lo dispuesto por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 2 de noviembre de 2006 sentencia de radicación núm. 26437 el Dr. Gustavo José gnecco Mendoza en donde pues claramente identificó la diferencia al referirse al tema del trabajo igual salario igual en materia de trabajadores de oficiales y especialmente bajo esta tesis en la cual hay una equivalencia o hay una resolución por la cual se establece de manera específica los cargos y la descripción de los mismos tesis que también fue ratificada en la sentencia SL15023 del año 2016 radicación 44388 del 19 octubre 2016 magistrado ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz a las cuales me remito y tesis que como ya lo manifesté fueron acogidas el despacho no podían ser o no podía a través de ellas concluirse que ha debido por parte del aquí demandante demostrarse haber solicitado el interés por aspirar al cargo grado 16 que por tal razón la consecuencia no podía ser otra que aplicar el grado 11 lo que en este caso y conforme la jurisprudencia y la tesis que fue acogida por el despacho y por la cual debía seguirse no era otra que debía verificarse si la aquí demandante efectivamente cumple los requisitos tanto académicos como profesionales y de experiencia que exigía el cargo o en este caso en el nivel grado 16 cosa que en efecto sucedió y no fundamentar la absolución bajo el supuesto de que de manera al unísono por lo menos los testigos nunca vieron al aquí demandante haber solicitado el incremento o la nivelación a ese grado cosa que es distinta a decir que nunca lo solicitó Ahora bien y así se mencionó en la demanda obsérvese que a Folio 63 el documento de 27 de marzo de 2008 emitido por la doctora Claudia Patricia Torres Aguilar del jefe departamento de recursos humanos dónde y que también fue tenido en cuenta por el despacho donde para efectos de incorporar dentro del formato de la hoja de vida del aquí demandante de manera específica le solicita a ella “acreditar en la coordinación de selección de administración de personal oficina 401 los documentos originales obtenidos por su formación académica estudios cursados y aprobados diploma y/o certificación de calificaciones antes del 11 de abril de 2008 también se encuentra el documento 21 de abril del año 2008 que obra a folio 66 donde la misma jefe de departamento en documento dirigido a la aquí demandante le refiere pues que agradece su respuesta oportuna nuestra comunicación refiriéndose a la anterior y devuelve 16 folios originales correspondientes a su formación obsérvese que los documentos aportados y los cuales allí referidos están relacionados con dos requisitos académicos que están establecidos en el artículo 56 de la resolución núm 2800 de 1994 que establece los requisitos que debían cumplir los trabajadores del extinto I.S.S a efectos de desempeñar el cargo de auxiliar de servicios administrativos grado 16 entre ellos “diploma de bachiller un año de experiencia en funciones relacionadas con el cargo” luego No obstante que tampoco desde el punto de vista de la tesis jurídica utilizada por el despacho y que también comparte que aquí en estos momentos interviene porque realmente corresponde a la situación jurídica analizada no se hacía la exigencia de haber demostrado la solicitud de ese grado sino simplemente corroborar por parte del operador judicial que se cumplieran los requisitos allí establecidos como en

efecto ocurrió pero también se demuestra a través de los documentos ya mencionados Folio 61 Folio 63 que se le solicitó al aquí demandante acreditar documentos que estaban asociados obviamente a los requisitos académicos exigidos para grado 16 y que así lo fueron aportados de dónde pues naturalmente se puede colegir que en este caso podía asociarse el cargo o las verdaderas funciones desde el punto de vista material desempeñadas por la aquí demandante al grado 16 del nivel auxiliar de servicios administrativos en ese orden de ideas en el alcance de la impugnación solicito respetuosamente al honorable Tribunal en vez de tener como como referente del grado 11 se tenga el grado 16 y además pues acredita un salario adicional conforme pues las certificaciones y demás documentos que también ya están reflejados en el expediente. Ahora bien a pesar de que el suscrito está de acuerdo en los efectos que produce el fenómeno prescriptivo entre otras porque pese a ello no merece mayor interpretación difiero de manera muy respetuosa exclusivamente en la aplicación del fenómeno prescriptivo en lo que atiende al auxilio de cesantías ello por cuanto el despacho en primera instancia aplica con el mismo rasero del fenómeno de la extinción por vía la prescripción los periodos entre el 30 de junio del 2014 al 30 de julio de 2015 lo cual no ha debido ser por lo menos en este aspecto puntual hablando de las cesantías la forma de solución en relación con la aplicación de la prescripción como quiera que al igual que como ocurre en el sector privado en este caso las cesantías se causarán a la extinción del vínculo para ello pues en ánimo de no extenderme más allá de esta intervención pues acudo a la jurisprudencia de la sala laboral de la corte que sobre a ello ya ha sido bastante extensa pero específicamente pudiera citar la sentencia de la sala laboral de la corte SL 34393 del 24 de agosto del 2010 la sentencia SL 41005 del 23 de octubre de 2012 entre otras en donde y una más reciente que ya inmediatamente la identificaré en donde ha dicho en manera muy corta lo señaló así: y especialmente refiriéndose a la liquidación del auxilio cesantías del extinto Instituto de seguros sociales ahora “es necesario advertir que en las reglas del artículo 62 de la convención son para efectos de liquidar las cesantías no para su pago tal como lo señala esta corporación en sentencia D31045 del 20 de noviembre 2007 de lo anterior se desprende que la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía pero lo referente a su pago continúa sometiendo a la ley es decir sometido a la ley es decir a partir del momento de su exigibilidad que lo es a la terminación del vínculo laboral y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción En este sentido la prescripción no debe contabilizarse desde que tienen lugar cada una de esas liquidaciones parciales sino a partir de la fecha de terminación del contrato toda vez que es desde ese entonces cuando el trabajador puede disponer libremente de su importe y en consecuencia es cuando efectivamente se hace exigible” en ese orden de ideas la prescripción en los términos aplicados por el despacho no fue en materia del auxilio de cesantías no fue la adecuada como quiero que la exigibilidad de la misma se dio con la terminación del contrato de la misma en esto es todas las causadas desde el inicio del vínculo laboral luego han debido liquidarse incorporarse como no prescritas por razón del conteo ya referido en la sentencia de la corte y pues respaldado naturalmente en la ley todos los años transcurridos desde y considerados dentro del vínculo laboral para efectos de la reliquidación de la misma en el entendido que se trata de cesantías insolutas de donde la reliquidación o el ajuste que aquí se produjo no tiene ninguna consideración adicional en materia o una distinción como figura jurídica sino que es exactamente lo mismo cesantías insolutas luego en ese sentido solicitó al honorable Tribunal que modifique la sentencia para que en su lugar condene al ajuste por

todas las cesantías causadas durante toda la vida laboral en el entendido que no se encontraban prescritas y en ello naturalmente reconoció en todo caso el suscrito que si bien un aspecto de la regulación de las cesantías de los trabajadores oficiales del sector particular ha de mencionarse que el artículo convencional del Instituto de seguros sociales asoció la forma de liquidación porque antes traía un régimen retroactivo de cesantías y después lo paso anualizado aspecto que quedó involucrado dentro de la normativa de la convención colectiva de donde se pueda asociar al artículo 99 de la ley 50 de 1990 de dónde por esa razón es que se puede asociar las consecuencias porque por vía convencional fue que se estableció a partir de ese momento la forma de liquidación de las cesantías y eso es lo que conlleva a la siguiente aspecto de la apelación porque también niega el despacho a reconocer o acceder a la sanción por no consignación de las cesantías por aquellos períodos no prescritos bajo el entendido que no hay norma o que por lo menos la de la ley 50 de 1990 no es aplicable cuando en este caso si insisto porque la modificación que hizo el artículo convencional asoció la forma de reconocimiento de las misma cesantías a la estipulada las 50 de 1990 constituiría entonces ese tercer punto de alcance de la apelación finalmente presentó también como argumento de apelación contra la sentencia la absolución que se produce contra las demás demandas especialmente en lo que atiende al Ministerio de Salud Ministerio de Salud y protección social nación que es realmente pues la persona jurídica en la quién se dirige el objeto de la apelación en el entendido que si bien acierta el despacho al deducir condenas en contra de Fidu agraria como administradora del patrimonio autónomo no lo es menos cierto que en todo caso la nación Ministerio de Salud y la protección social tiene total responsabilidad sobre las obligaciones económicas en las que pueda incurrir la liquidación del Instituto de seguros sociales incluso en el evento en que el patrimonio constituido y que se encuentra administrado actualmente por el fidu agraria no resulte suficiente entre otras porque dichas obligaciones no pueden extinguirse y sus obligaciones no pueden desconocerse siendo el Ministerio de salud y la protección social entre en este caso particular obligado a subir en ese eventual sentido las obligaciones a su cargo estos orden de ideas y excusándome desde ya pues por si resulto extensa la apelación solicito se me conceda un minuto más.

FIDUAGRARIA

gracias señor juez con el debido respeto igualmente me permite interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir su despacho bajo las siguientes consideraciones en reiteradas ocasiones la corte o en diferentes pronunciamientos de las diferentes actas de las Cortes se ha manifestado que específicamente en lo que hace relación a la nivelación salarial se deben de cumplir ciertos requisitos o condiciones específicas donde se debe de efectuar efectivamente una situación de parámetros para poder determinar si se dan o no se dan esas condiciones para poder efectuar una nivelación como tal se requiere demostrar efectivamente entre ese comparativo en primer lugar las actividades que se realizaron y como bien lo manifestó el despacho pues de acuerdo a las diferentes pruebas documentales más las testimoniales y muy interrogatorio efectivamente se indicó ciertas actividades que la demandante realizó en diferentes períodos porque si lo analizamos desde este punto de vista fueron en diferentes épocas diferentes actividades unas que se podían asimilar como un auxiliar

administrativo y otras como tal no especialmente en lo que hace relación a la parte final de la terminación del contrato cuyas actividades podríamos decir que se encuentran encausadas dentro del sistema operativo por ello considero que si verificamos esos parámetros de comparativos que no son solamente las actividades realizar sino también la experiencia la calidad eficiencia elementos como lo indique inicialmente que son los que en las diferentes manifestación de la corte los han exigido como tal para poder determinar con la mayor certeza que efectivamente si hubo una diferenciación entre un salario y otro no por ello ha de no por ello solicitó a los honorables magistrados se haga ese comparativo primero que todo en cuanto hace relación a las actividades que efectivamente realizó la demandante en sus diferentes periodos en los que desarrolló las mismas y que considero que es importante hacerlo porque fueron años unos con ciertas actividades otros con otras sin las cuales tampoco quedó debidamente probado si que lo probado la actividad menos aún no quedó probado las demás elementos propios o consideraciones de calidad eficiencia y que efectivamente se encuentran en incluidas dentro de las funciones de un auxiliar administrativo o del cargo para el cual efectivamente fue nombrada por ello considero que si se probó ciertas actividades como efectivamente quedó demostrado en todo el proceso menos cierto es que los otros elementos no denota que se haya efectuado entre ese comparativo y por ende al no haber quedado al no quedar debidamente aprobada esa certeza de dichas consideraciones de dichos alimentos con todo respeto considero que no daría lugar a la nivelación para la cual fue condenada a la entidad que represento ahora si él los honorables magistrados consideran que las motivaciones que dieron lugar a los pronunciamientos del señor juez de primera instancia para determinar la nivelación bajo el grado 11 de auxiliar administrativo apelaría también igualmente en lo que hace relación a la indemnización por despido injusto ello en qué esta carga de la prueba corresponde a la demandante y efectivamente no se probó que la misma se efectuó de manera unilateral por parte del Instituto de los seguros sociales en liquidación por lo que consideró que no se dio en dicha causal y por ende pues no sería de arriba condenar a tal sanción en estos términos dejo presentado el recurso de apelación para lo cual solicito se conceda señor juez.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en los recursos encontrando como puntos de reproche, **i)** derecho a la nivelación salarial deprecada en el grado solicitado en la demanda, **ii)** prescripción de la reliquidación de cesantías, **iii)** derecho a la sanción por no consignación de cesantías, **iv)** responsabilidad de la Nación Ministerio de Salud y Protección Social **v)** indemnización por despido injusto.

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral alegada, en virtud de la cual la demandante laboró a favor del entonces ISS entre el 5 de agosto

de 1991 **en el cargo de Ayudante Grado 8** y hasta el 31 de marzo de 2015 (fls.3 y 81).

Señala la demandante, que tiene derecho a que los salarios y prestaciones devengados por ella se reliquiden teniendo en cuenta que, **en la realidad, desempeñó el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 16** entre el año de 1997 hasta el final de la vigencia de la relación laboral.

Respecto de la nivelación salarial, dispone el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”

Este precepto normativo ha sido desarrollado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que en pronunciamiento radicado No. 69663 del 25 de julio de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicó respecto de la carga de la prueba en asuntos como el estudiado lo siguiente:

*“Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que **quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia** (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 may. 2005. Rad. 24272, entre otras).*

Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «todo trato diferenciado

en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva. (Negrilla fuera del texto original)”

Pues bien, al revisar las pruebas aportadas al expediente, encuentra la Sala que le asiste razón a la recurrente Fiduagraria, por cuanto no se probaron los elementos necesarios para poder otorgar la nivelación salarial deprecada en la demanda por lo siguiente:

La actora fue contratada para desempeñar el cargo de Ayudante Grado 8 y según la Resolución 2800 de julio de 1994 y que reposa a folios 112 a 138 del expediente, **las funciones generales de los empleos del nivel operativo como lo es el de ayudante son**, entre otras, aseo de instalaciones, muebles y utensilios, efectuar envío de correspondencia, controlar el acceso y el tránsito de personas dentro del Instituto, fijar o distribuir circulares, afiches y demás ayudas visuales en los puntos o dependencias que la Administración autorice, etc.

Y según el mismo Acto Administrativo, **las funciones generales del cargo de nivel auxiliar que es el que pretende la actora son**, revisar, clasificar y controlar documentos, datos y elementos relacionados con los asuntos de competencia del ISS, llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico, administrativo o financiero, adelantar labores relacionadas con el recibo, pago y el manejo de valores y de fondos, orientar a los usuarios y suministrar información, documentos o elementos que le sean solicitados, colaborar en el diseño de formas y cuestiones para la recolección de datos, etc...

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que de los documentos de folios 7, 10, 14, 15, 22, 31 a 51, lo que se observa es que las funciones de ayudante no fueron desarrolladas por la demandante, sino otras muy diferentes tal y como lo señaló el juez de primera instancia, **pero que tampoco**, contrario a lo dicho por el a quo, **tienen la virtud de acreditar**

por sí solas, que son las que desempeñaba un trabajador en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 16.

Según los folios citados, la señora Eugenia prestó servicios en la Coordinación de Afiliación y Registro, también en ventanilla realizando recibos de pago para trabajadores independientes, organizando archivo de vinculaciones a salud, pensión y riesgos profesionales, elaborando carnés de medicina familiar, trabajando en el Departamento Seccional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados, realizando notificaciones de dictámenes de pérdida de capacidad laboral, entre otras.

Funciones estas que fueron confirmadas por los siguientes testimonios:

LIBIA GRACIELA GOMEZ que señaló que conoció a la actora trabajando en el ISS en el año 99, que entró a trabajar en pensiones, trabajó en el Dpto. de Atención al Pensionado y un tiempo en incapacidades. Que nunca trabajó directamente con la actora, que la demandante trabajaba en tutelas, la veía, que hacía el reparto, entregaba el trabajo a los abogados, la testigo era la secretaria de ese Departamento de Atención al Pensionado. Casi siempre la veía haciendo funciones de secretariado de oficina. No supo describir exactamente las funciones de la demandante porque dijo que nunca estuvo en ese cargo.

SANDRA ISABEL MESA DEVIA dijo haber ingresado al ISS en 1992 y estuvo hasta el 2008. Conoció a la demandante en el ISS en la Seccional Cundinamarca en octubre de 2005, la testigo fue en el 2005 responsable en pensiones seccional Cundinamarca. Señaló que la actora trabajaba en atención al pensionado seccional Cundinamarca, en el área de tutelas, en virtud al plan choque pasaron a la demandante a trabajar con la testigo para descongestionar al ISS, en ese plan choque los expedientes de la seccional se recepcionaban, la demandante los recibía, se grababan en el sistema, hacia el reparto por áreas, ayudaba a ubicar expedientes y solicitaba las historias laborales, era un manejo operativo para direccionar a las diferentes áreas. La testigo permanecía en frente de donde se sentaba la señora Eugenia, había otras personas de planta que ejercían las mismas funciones que la demandante, como Matilde Aldana que tenía el cargo de auxiliar de servicios administrativos. Dijo que los ayudantes de servicios generales

desarrollaban funciones de aseo y de cafetería, la demandante no desempeñó esas funciones, en la seccional Cundinamarca era Cecilia la que se encargaba de esas actividades.

Finalmente, la señora **PATRICIA BUSTOS ROSALES** indicó haber trabajado como contratista en el ISS y luego en planta desde 1982 hasta 2015 su cierre. En 1997 entró a la planta y ahí conoció a la demandante. La testigo trabajaba en el dpto. de afiliación y registro y ahí Eugenia llegó a trabajar al ISS, la enviaron a las ventanillas de afiliación recibiendo afiliaciones. En esa dependencia estuvo unos meses recibiendo eso y luego fue enviada al grupo sistema ALA con el Dr. Gilberto Bello y pasó a reemplazar a una de las secretarias, ahí ella recibía y atendía personas y atendía procesos del sistema ALA. Contestaba respuesta a las empresas, tenía que estar pendiente del archivo, contestar las líneas telefónicas, estuvo ahí como hasta finales de 1999. En Fontibón atendía público, revisaba archivos, buscar expedientes. Siempre la conoció en trabajos de oficina, no de aseo general.

Con lo anterior se tiene que, pese a haberse demostrado que la actora no desempeñó funciones de Ayudante, lo cierto es que tampoco se **prueba y menos aún funda sus pretensiones en la existencia de un trabajador que se haya desempeñado como Auxiliar Administrativo Grado 16** y que ella ejecutó las mismas labores que este, lo que de entrada no permite efectuar comparación alguna a efectos de establecer la existencia de trato diferencial alguno en materia salarial.

Es que como de vieja data lo ha expuesto EL Máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, *“Al efecto se advierte que **no basta comparar las funciones generales de cada nivel y naturaleza del cargo**, ni exponer que la demandante sea una profesional o no, en la medida de que esto sólo daría una aproximación y no la identidad requerida para aplicar dicha nivelación salarial, dado que como lo dedujo el ad quem, **debe estar debidamente comprobado en la litis, que la accionante desempeñó las mismas funciones de una persona que ejerciera como profesional.**”* Sentencia 35593 de 2009.

Y más adelante la misma providencia señaló:

*“Mientras que en esta litis, lo planteado corresponde a la nivelación de quien teniendo **un cargo y que recibe la remuneración asignada al mismo**, aspira se le reconozca el salario **de otro cargo de superior categoría**, pero por la realización de **funciones iguales** a las fijadas para el último cargo, sin basarse en un escalafón o escala salarial, sino en un **manual de funciones** cuya aplicación busca determinar que la demandante pese a ostentar el cargo de “**técnico de servicios asistenciales**”, desarrollaba las funciones propias de un **profesional en “fonoaudiología”**, lo cual planteado de esta manera requiere como lo señalaron los jueces de instancia, de un factor de <comparación> que conlleve a una discriminación no justificada, a la luz del principio de a trabajo igual salario igual, con la consecuente violación del **artículo 5° de la Ley 6ª de 1945**, que dice “La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales” (...).*

Además, lo inferido por el ad quem, en relación al texto de la norma anterior, en el sentido de que “El propósito del artículo antes transcrito, es procurar que el trabajo realizado en igualdad de condiciones, sea retribuido en la misma forma, evitando que por consideraciones diversas a las del trabajo, tales como la edad, el sexo, la nacionalidad, la raza, la religión o las actividades políticas y sindicales, se dé un tratamiento discriminatorio entre trabajadores que cumplen una misma labor, pues la diferencia de salarios -según esta norma-, solo puede <...fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra>”, se aviene a su cabal y genuino sentido y alcance.

Bajo estas circunstancias, fuera de que es razonado jurídicamente lo esbozado por el fallador de alzada, se tiene que lo decidido se ajusta a la normatividad legal aplicable en materia de igualdad salarial, sin que vaya en contravía a lo adocinado en el pronunciamiento jurisprudencial en comento; máxime que como lo sostiene la réplica, en momento alguno aparece demostrado que a la actora se le hubiera designado en el cargo de Profesional Asistencial de Apoyo III, que le otorgue el derecho a una mayor remuneración, sin interesar que exista o no algún trato desigual con los demás trabajadores.

*Adicionalmente, cabe agregar, que en virtud de que tal como quedó sentado al resolverse el tercer cargo, **la censura no logró desvirtuar probatoriamente la conclusión del Tribunal, sobre la ausencia del factor de comparación con otro trabajador que para el caso resultaba pertinente; se concluye entonces, que en la forma como están presentados los hechos, para una situación como la***

que ocupa la atención a la Sala, la aplicación e interpretación de las normas denunciadas se erige como acertada.”

Aunado a lo anterior, si bien es cierto se aporta la hoja de vida de la accionante y los requisitos de experiencia y formación para ejercer el cargo deprecado, tal aspecto no resulta ser suficiente para el efecto pretendido, acreditar que ostentaba los requisitos del cargo cuya nivelación pretende; pues debía probar que ejerció las labores encomendadas a este y que como se dijo, son las que se encuentran descritas de manera general para los cargos del nivel auxiliar a folio 115 y 115 vuelto del plenario, **teniendo para ello el punto de comparación con un trabajador del ISS que hubiere tenido ese cargo para poder establecer la similitud con las funciones que la demandante desarrolló en el transcurso de su vinculación laboral.**

Además y como lo señala Fiduciaria en la apelación, se itera, que no se alegó que otro trabajador se desempeñara el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 16 con respecto a quien la demandante desempeñara las mismas funciones; aunado a lo cual y si bien la actora desempeñó algunas de las funciones generales descritas para el cargo pretendido tal y como ya se mencionó, lo cierto es que ninguna prueba da cuenta que se haya desempeñado en tal cargo por todo el tiempo alegado y menos en el grado alegado.

Lo propio ocurre respecto de la testimonial vertida por las tres deponentes, todas coinciden en afirmar que veían a la actora desempeñar las funciones señaladas, que no les consta porque no desempeñaron las mismas funciones, pero que veían que la demandante sí las desarrollaba; ninguna de las testigos señaló cuál fue el grado ejercido por la demandante.

Lo señalado en precedencia permite concluir que, en el presente, no se allegó prueba suficiente de que la demandante haya ejecutado las labores de un Auxiliar Administrativo Grado 18 y que fueren las señaladas en el manual de funciones resolución 2800 del 1 de julio de 1994 folio 115 del plenario, quedando demostrado únicamente que entre los años 1997 a 2006 aproximadamente, estuvo en la Coordinación de Afiliación y Registro, organizando archivo, expidiendo carnés, realizando notificaciones de dictámenes de pérdida de capacidad laboral, entre otras, **pero no se**

demostró que dichas funciones correspondieran al cargo específico pretendido en la demanda y de esa manera no es posible para la Sala tener certeza de los factores determinantes de un trabajador Auxiliar Administrativo Grado 16 para poderlo comparar con las funciones desempeñadas por la señora Eugenia González.

Por lo anterior no queda solución diferente a la de revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante. Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante. **SIN COSTAS** en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARIENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 30 2017 327 02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA ELENA GIRALDO VELEZ

**DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE
SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, EL
PETRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES
PAR CAPRECOM LIQUIDADO y FUDIPREVISORA
S.A.**

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personería al Dr. JUAN CAMILO ESCALLÓN RODRÍGUEZ, como apoderado de la demanda LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en los términos de la sustitución allegada al proceso, vía correo electrónico.

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días el mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), fecha previamente señaladas en providencia anterior para la celebración de la presente Audiencia de Juzgamiento, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

Previo deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, los apoderados de la parte actora y el Ministerio demandado, presentaron sus alegatos de conclusión, vía correo electrónico.

SENTENCIA

La señora MARIA ELENA GIRALDO VELEZ, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, EL PETRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO y FUDIPREVISORA S.A., con el fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia, se declare que entre la actora y la extinta CAPRECOM, existió una relación laboral mediante un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos laborales fueron del 13 de septiembre de 1984 hasta el 31 de enero de 2003, siendo el último cargo el de PROFESIONAL EN SALUD ESPECIALIZADO, que durante la relación laboral, fue beneficiaria de la convención colectiva de trabajo; que se declare que como consecuencia de la liquidación de CAPRECOM a partir del 28 de diciembre de 2015, la convención colectiva de trabajo suscrita entre CAPRECOM y sus trabajadores recobró su vigencia de forma integral y de forma retroactiva a partir del 12 de junio de 2003.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, cuyo vocero y administrador es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a pagar desde el día 12 de junio de 2003 y hasta la fecha del fallo que así lo reconozca el valor por el no pago del Plan de Salud Complementario (art. 28 Convención colectiva de trabajo), auxilio de transporte (art. 47 Convención colectiva de trabajo), descanso especial convencional (art. 26 Convención colectiva de

trabajo), prevención del sida (art. 35 Convención colectiva de trabajo), hepatitis B (art. 34 Convención colectiva de trabajo), bonificación por recreación (art. 64 Convención colectiva de trabajo), el incremento decretado por el Gobierno para el año 2003; así mismo a la reliquidación de las prestaciones sociales y convencionales, como consecuencia del incremento antes mencionado; al pago de las diferencias, aportes a seguridad social, aportes educativos; al pago de la indemnización moratoria, indexación de las condenas y los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita (fl.- 547-549)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se afirma:

- Que mediante resolución fue nombrada la actora provisionalmente en el cargo de médico pediatra de la Regional Bogotá y posteriormente mediante contrato de trabajo.
- Que la relación laboral entre CAPRECOM y la demandada se extendió hasta el 31 de octubre de 2003 y con el último cargo desempeñado fue el de PROFESIONAL EN SALUD ESPECIALIZADO y con una asignación básica mensual de \$1.202.963.
- Que durante toda su vida laboral, le realizaron descuentos con destino a la Organización Sindical "SINTRACAPRECOM".
- Que el día 14 de noviembre de 1996, se suscribió una convención colectiva de trabajo.
- Que el 12 de junio de 2003, CAPRECOM y la Organización Sindical, suscribieron un acta de acuerdo extraconvencional, en la que acordaron suspender algunos beneficios convencionales, sometiendo dicha suspensión a una condición suspensiva, condición que consistió en que se suspendería dichos beneficios en un principio por 10 años, sin embargo si la entidad se liquida o si se incumplían los acuerdos alcanzados por las partes, dicha acta no se aplicaría y se entendería que la

suspensión no existió debiendo la entidad reconocer y pagar lo generado por dicha suspensión a partir de la misma fecha en que se firmó el acta ya enunciada.

- Que suscribió un acta de conciliación, en la que no renunció a ninguno de los derechos convencionales suspendidos de la convención colectiva de trabajo.
- Que desde la finalización de su contrato y hasta la fecha en la que adquirió su derecho pensional fue beneficiaria del Plan de Pensión Anticipada – PAC, que su empleador CAPRECOM le ofreció.
- Que CAPRECOM, le reconoció una pensión de jubilación, a partir del 18 de enero de 2010.
- Que el 13 de diciembre de 2011, suscribieron negociación de pliego de peticiones.
- Que mediante oficio 0-115 del 22 de septiembre de 2015, el sindicato informa a la Directora General de CAPRECOM sobre la reactivación de la convención colectiva de trabajo, frente a la posible liquidación de la entidad.
- Que el Gobierno Nacional a través del decreto 2519 de 2015, decretó la suspensión y liquidación de CAPRECOM.
- Que con la liquidación de la empresa, el acuerdo extraconvencional de fecha 12 de junio de 2003, perdió vigencia, ya que operó la condición suspensiva a la cual se encontraban sometidos los beneficios convencionales.
- Que solicitó a las demandadas, el reconocimiento y pago de los beneficios convencionales, que había sido suspendidos, de manera retroactiva, pero los mimos le fueron negados. Fl.- 540 – 548)

Una vez notificadas las demandadas en legal forma, estas procedieron a dar contestación así:

La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, procedió a contestar la presente demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda las pretensiones de la misma, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 35, 83, 84 y 86, para los demás señaló que no son hechos, que no son ciertos o que no le constan. Finalmente, propuso como excepciones, las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido e inexistencia de solidaridad entre las demandadas. (fl.- 588-603)

El Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR CAPRECOM - LIQUIDADO, procedió a contestar la presente demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda las pretensiones de la misma, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1.3, 1.83, 1.84 y 1.86, para los demás señaló que no son ciertos o que no le constan. Finalmente, propuso como excepciones, las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones, cosa juzgada y retroactividad de la norma laboral. (fl.- 607-626)

Tramitada la primera instancia, la Juez profirió sentencia, calendada el día 27 de junio de 2019, por medio de la cual resolvió:

1. *Condenar al patrimonio autónomo de remanentes de la extinta caja de previsión social de comunicaciones caprecom, cuyo vocero y administrador es fiduciaria la previsora sociedad anónima, a reconocer a la señora María Helena Giraldo Vélez la suma de \$38.749.523 por concepto del plan complementario de salud, de conformidad con la parte motiva;*
2. *Declárese probada la excepción de inexistencia de la obligación planteada por la nación, ministerio de salud y de la protección social, y no probadas las excepciones planteadas por el patrimonio autónomo de remanentes de la extinta caja de previsión social de comunicaciones, caprecom, cuyo vocero y administrador es fiduciaria la previsora, sociedad anónima;*
3. *Absuélvase a la demandada la nación, ministerio de salud y protección social, de todas las pretensiones incoadas en su contra, y al patrimonio*

autónomo de remanentes de la extinta caja de previsión social de comunicaciones caprecom, cuyo vocero y administrador es fiduciaria la previsora sociedad anónima, de las demás pretensiones incoadas en la demanda interpuestas en su contra por la señora María Helena Giraldo Vélez, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia;

- 4. Condénese en costas de esta instancia al patrimonio autónomo de remanentes de la extinta caja de previsión social de comunicaciones caprecom, cuyo vocero y administrador es fiduciaria la previsora sociedad anónima y a favor de la demandante señora María Helena Giraldo Vélez, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$2.600.000;*
- 5. Condénese en costas de esta instancia a la señora María Helena Giraldo Vélez y a favor de la demandada, la nación, ministerio de salud y de la protección social, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$500.000, conforme a lo expuesto;*
- 6. Concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada, por salir adversa esta decisión a sus intereses y afectar en un momento dado también los intereses de la nación.*

Fundamentó su decisión señalando:

Para resolver este asunto tendremos en cuenta, entre otras, las siguientes normas. De la constitución política, artículos 4, 48, 53, 55, 58, 230. Verificaremos lo correspondiente a la reclamación administrativa exigida en el artículo 6 del código procesal del trabajo y la seguridad social, analizaremos algunas normas del código sustantivo del trabajo, y también se analizará la carga dinámica de la prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 164 y 167 del código general del proceso. Y en todos aquellos aspectos que tienen que ver con la libre formación del convencimiento por parte de los jueces de la república, aplicaremos nuestro estatuto procesal laboral artículo 60 y 61. Vamos a verificar en síntesis cual es la teoría que cada uno de los intervinientes expone. Con relación a la teoría que trae la parte actora, señala dentro de sus argumentos que se vinculó con la extinta caja de previsión social de comunicaciones caprecom, únicamente como empleada publica mediante una resolución número 002000867 del 13 de abril de 1984 para desempeñar el cargo de médico pediatra en la regional de Bogotá de la caja de previsión social de comunicaciones caprecom, y que posteriormente mediante contrato de trabajo, como trabajador oficial, continuo sus actividades desde el 15 de abril de 1997 y que dicha relación laboral finalizó el día 31 de octubre de 2003. Indica dentro de sus argumentos que mediante la resolución numero 0044 del 18 de enero de 2010, caprecom le reconoce una pensión mediante un denominado plan de pensión anticipada. Argumenta

también que la trabajadora es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre el sindicato de servidores públicos y la caja de previsión social de comunicaciones sintracaprecom, entre otros aspectos que están allí consignados en su escrito demandatorio. También indica que como la caja fue suprimida y liquidada mediante el decreto 2519 del año 2015, hubo un incumplimiento por esta parte, y que el gobierno nacional rompió el acuerdo de voluntades que habían plasmado en los años 2003 y 2013, y por lo tanto deben ser reconocidos todos los beneficios convencionales causados desde el año 2003. Considera que estos cobraron vigencia al momento de entrar a liquidar la empresa. Por su parte, la nación ministerio de salud y protección social, en resumen, nos indica que no puede entrar a responder por los supuestos perjuicios ocasionados a la demandante con la liquidación final de caprecom, por cuanto entre la demandante y el ministerio no existió ningún contrato de trabajo y frente a las obligaciones surgidas de su relación con la extinta caprecom, deben ser asumidas por el patrimonio autónomo de remanentes y como medio de defensa propone las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre caprecom y el ministerio. Por su parte, fiduprevisora sociedad anónima, cuyo función es la de ser vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes de la extinta caprecom, considera que las pretensiones no deben prosperar, indica que la parte actora incurre en una interpretación errónea de los acuerdos de supresión de la entidad y que a la trabajadora se le reconoció antes de la extinción total de caprecom, todos los derechos que emanan de la convención colectiva, y los derechos que se generaron como consecuencia de su contrato laboral. Además argumenta que estos derechos ya fueron conciliados ante el ministerio del trabajo, por esa razón propone las excepciones que denominó falta de competencia, cosa juzgada, prescripción, pago, buena fe y cobro de lo no debido, entre otros aspectos que están consignados en su escrito de contestación. Como una de las pretensiones que nos consignan en la demanda es la declaratoria de la existencia de la relación laboral, en necesario entonces dejar claridad que con los documentos obrantes en el expediente, se acredita que la doctora María Helena Giraldo Vélez, demandante, se vinculó como empleada pública mediante la resolución numero 2867 de 1984 provisionalmente como medico pediatra de la regional de Bogotá, al servicio de la extinta caja de previsión social de comunicaciones caprecom. Lo hizo desde el 13 de septiembre de 1984, según la prueba documental, es una resolución que aparece a folio 8 del expediente. Luego, existe el contrato de trabajo a término indefinido, iniciando labores en el cargo de profesional en salud especializada en la sede de caprecom ubicada en la avenida el dorado # 57-90, sus funciones las empezó a ejercer a partir del 15 de abril de 1997, conforme al contrato y demás documentos que aparecen a folio

11 y 12. Y mediante una certificación que aparece a folio 13, que fue expedida por el jefe de la subdirección administrativa de la caja de previsión social de comunicaciones caprecom, indica que la doctora María Helena Giraldo Vélez estuvo vinculada a esa entidad desde el 13 de septiembre de 1984 hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual se acogió al plan anticipado de pensión que le propuso caprecom, frente a ese punto tampoco es discusión, pues la parte demandada no se opone a los extremos de esa relación laboral, quedando debidamente demostrada y por esa razón no fue objeto de inclusión en los problemas jurídicos indicados, lo que si fue objeto de controversia y quedó establecido en los problemas jurídicos es lo correspondiente a la vigencia de la convención colectiva y a la calidad de la demandante. Encontramos a folio 15 una certificación expedida por la secretaria general del sindicato de servidores públicos de caprecom, sintracaprecom, tiene una fecha de producción que es el 31 de octubre de 2016 y allí se indica que la señora Claudia Pedraza Luna está afiliada a la organización sindical y ha aportado mensualmente cuota ordinaria correspondiente, sin embargo, la persona a quien se le entrega esta certificación Claudia Pedraza Luna es distinta a la demandante que es María Helena Giraldo Vélez, por lo tanto esta calidad no se puede poner por establecida con este documento, mas sin embargo, debemos seguir haciendo el análisis correspondiente. Por eso, el pronunciamiento siguiente es entrar a verificar si el sindicato era mayoritario de acuerdo con lo expresado por la sala laboral de la corte suprema de justicia, pues la aplicación de la convención no depende de la manifestación de los terceros cobijados por la ampliación de aquella cobertura, dijo la corte en una sentencia de julio 3 del año 2013, ponente doctor Carlos Ernesto Molina, que se dictó dentro del radicado numero 44857, entonces, por eso vamos a verificar de acuerdo al código sustantivo del trabajo. El artículo 471 habla de la extensión a terceros, este artículo, fue modificado por el artículo 38 del decreto 2351 de 1965, y con esta modificación el texto quedó de la siguiente manera: 1. Cuando en las convenciones colectivas sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados. 2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención. Al revisar el artículo 20 de la convención colectiva que aparece a folio 25, observamos que sintracaprecom agrupaba más de la tercera parte de los trabajadores de la entidad, por lo tanto, se tendrá por extensión aplicable a la trabajadora demandante, por cumplir esa condición. Ahora en lo que tiene que ver con la existencia de la convención colectiva, se allego también al expediente junto con la demanda, copia de la convención colectiva de trabajo que aparece a folio 16 a 43, convención colectiva

vigente para el año 1997 a 1998, esta convención contiene la constancia de depósito como se puede apreciar a folio 16, por lo tanto, estudiaremos o se hará el estudio de fondo de estas normas aplicables precisamente a la demandante por existir una convención firmada entre caprecom empresa industrial y comercial del estado y sintracaprecom, cuyos principios fueron plasmados en su artículo 2, donde se indica que las normas particulares allí plasmadas se interpretarán teniendo en cuenta la finalidad del mejoramiento de la condición de trabajo, la relaciones laborales y la consecución de un sano equilibrio entre la entidad y los trabajadores, y las normas están constituidas para la protección de los trabajadores respecto de sus derechos. El artículo 30 de la convención colectiva, indica que mientras tenga vida jurídica sintracaprecom como organización que agrupe mas de la tercera parte de los trabajadores de la entidad, no podrá caprecom suscribir pactos colectivos. Encontramos también en su artículo 28 de esa convención colectiva, unos derechos de los trabajadores que se han identificado como bienestar y seguridad social, donde se garantiza por parte de caprecom la conservación de los derechos de la salud de los trabajadores y pensionados a través del plan obligatorio de salud y del plan complementario que se indica en este artículo, se puede observar a folio 29 del expediente. Es decir, lo que se garantiza ahí son procedimientos quirúrgicos no incluidos en el plan obligatorio de salud, hospitalización en habitación individual, suministro de prótesis y neurologías no incluidas en el plan obligatorio de salud, sillas de ruedas, plantillas, zapatos ortopédicos, corset, medias elásticas, fajas, lentes de gafas, lentes de contacto, monturas, psicoterapias, tratamientos de enfermedades del sueño, carcinomas, educación especial para hijos, periodoncia, ortodoncia, tratamientos médicos odontológicos, asistenciales para beneficiarios del afiliado y post mortem del afiliado, y también se habla de tratamientos especializados para hijos del cotizante por exceder de 25 años de edad. A folio 34 se habla de unas vacunas contra la hepatitis B y su núcleo familiar, en el artículo 35 se habla de que caprecom diseñará e implementará un programa de prevención del sida dirigido a trabajadores y afiliados, el artículo 38 habla de las pensiones cuando indica que caprecom respetará los regímenes especiales de pensión bajo el régimen de transición y se aplicará el principio de favorabilidad. Se habla de unos compromisos extra convencionales cuando indica que caprecom conjuntamente con la organización sindical elevará la consulta al consejo de estado sobre si el régimen especial del sector de las comunicaciones se aplica a caprecom. A folio 39 de la convención encontramos unos aportes educativos cuando caprecom se compromete a reconocer anualmente y por una sola vez a los hijos de los trabajadores que adelanten estudios de preescolar, primaria, secundaria, carreras técnicas y universitarias el valor total de la matrícula, pensión, alimentación y transporte. A folio 46 encontramos

una adenda al artículo 38, donde se indica que caprecom continuará reconociendo a los trabajadores que se encuentren el régimen de transición, cita el artículo 36 de la ley 100 de 1993, las siguientes modalidades de pensión, y ahí encontramos como numeral 1 el trabajador con 50 años de edad y 20 años de servicio, y en su numeral 2 el trabajador que cumpla 25 años de servicio sin límite de edad. Hay un acta extra convencional donde se encuentra también su correspondiente sello de depósito que puedo verificar a folio 68 del expediente, frente a este punto, la parte actora indica que mediante cláusulas extra convencionales, cita una de fecha junio 12 de 2003, y que está acreditada a folio 68 a 75, se acordó la suspensión de algunos o de algunas de las cláusulas convencionales que soportaran la viabilidad financiera de caprecom, por el término de 10 años, entre ellos encontramos los artículos 41, 47, 26, 35, 34, 30, 31, 71, 39, esto tiene relación con dotaciones, auxilio de transporte, descanso especial o adicional, vacunas, nutrición infantil, dotación de libros y aportes educativos, y en el numeral 8 de la parte resolutive vista a folio 73 se habló: “las partes acuerdan que en caso de no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo, extra convencional y se determine por parte del gobierno nacional su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación. Indica también la parte demandante que mediante un acuerdo del 7 de junio de 2013, visto a folio 86 y 96, se amplía la vigencia de 5 años del acuerdo convencional celebrado entre caprecom y sintracaprecom, y hay un párrafo donde se indica que el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación en caso de que el gobierno nacional liquide la entidad, y también cuenta esta acta extra convencional con el depósito ante el ministerio del trabajo, tal y como aparece a folio 86. Sobre el valor de estas actas extra convencionales y de la convención colectiva, pues nuestra regulación sustantiva laboral especialmente el artículo 47 indica: la convención colectiva es un contrato colectivo de trabajo que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, y por la otra que solo se aplicará a las partes contratantes. Y con relación a las actas aclaratorias o adendas suscritas entre quienes están habilitados legalmente para comprometer a la empresa y a los trabajadores, dice la norma que tienen tanta y plena validez jurídica como las cláusulas convencionales y por lo tanto cuentan con un poder normativo aclaratorio que hace parte del convenio colectivo y que se extiende a los contratos individuales de trabajo. En consecuencia, dichas actas en tanto precisan y aclaran las cláusulas de la convención colectiva de trabajo, constituyen un acuerdo bilateral vinculante y por lo mismo expresan una forma válida de la prolongación de la negociación colectiva con la finalidad única de aclarar las estipulaciones confusas o ambiguas. La parte demandante

señala en su defensa que el estado a través del gobierno nacional al liquidar la entidad mediante el decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, vulneró el acuerdo de voluntades plasmado en los acuerdos extra convencionales y en consecuencia la convención colectiva tomará su plena vigencia, en el artículo 25 de la convención colectiva, señala que la supresión de los cargos como consecuencia del proceso de liquidación de la caja. Corrijo, el artículo 25 del decreto mencionado, dice: la supresión de los cargos como consecuencia del proceso de liquidación de la caja, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario o contractual de los trabajadores y servidores públicos de la entidad, y se habla también de un retiro consensuado cuando habla que el liquidador podrá elaborar y ejecutar un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados a la caja nacional de previsión social de comunicaciones, caprecom, empresa industrial y comercial del estado para la adopción y la ejecución de dicho plan se requerirá previamente la apropiación y disponibilidad presupuestal. Sin embargo la parte demandante para esa época ya estaba desvinculada de caprecom, lo fue desde el 31 de octubre de 2003 y mediante la resolución número 0044 del 18 de enero de 2010, se le reconoció la pensión de jubilación por 20 años de servicio y 55 años de edad, sin desconocer que mediante la resolución numero 2567 del 12 de noviembre de 2003, ya se había ordenado que se le incluyera en nomina de pensionados por obtener pensión por el denominado plan anticipado de pensiones a cargo de caprecom. Esto se puede corroborar con el acta de conciliación numero 35 celebrada ante el ministerio del trabajo el día 29 de octubre de 2003, donde se le reconoce a cambio, por la terminación del contrato de trabajo, una bonificación por la suma de \$4.811.854, además se le reconocieron las prestaciones sociales legales y convencionales por una terminación del contrato que allí le estipularon que fue por mutuo acuerdo, y en el numeral 11 de esa conciliación, se dijo que quedaban conciliadas con el pago de la suma que recibía la ex trabajadora por concepto de prestaciones y el valor acordado de la pensión anticipada de jubilación cualquier pretensión actual o futura que se pudiere presentar con posterioridad a esa conciliación. Y en el numeral 4 del documento que aparece a folio 111 se dijo que caprecom cancelará a la ex trabajadora y a plena satisfacción de esta, todos los valores correspondientes a salarios y prestaciones generadas en su contrato de trabajo en 45 días calendarios contados desde la fecha del retiro, dice también que las acreencias laborales originadas en la convención colectiva y que se encuentran pendientes no hacen parte de esa conciliación, ya que su cuantificación concepto y reconocimiento serán tratados por fuera de este instrumento conciliatorio. Esos son los hechos que se han probado, que están demostrados y justificados con prueba documental, porque también respondió interrogatorio la demandante María Helena Giraldo, para destacar de este interrogatorio nos ratifica su condición de medico

pediatra, manifiesta que su condición civil es soltera y ratifica la vinculación en el año 1983 y su permanencia hasta el año 2003, admite también y confiesa haber salido con pensión anticipada y que salió porque la empresa estaba en transición por manejos de fondos y se acogió al plan de pensión anticipada. Indica que estuvo afiliada al sindicato y que los reunieron por ordenes de un doctor que ella denominó chucho y que se podían acoger al plan mientras salían pensionados, que seguirían disfrutando de los beneficios de la convención, la liquidaron, pero no le hicieron el examen de retiro, firmó la liquidación final sin ninguna presión y admite o dice, indica en su respuesta que le adeudan servicios médicos complementarios y auxilios educativos. Indica que no sabe porque le suspendieron esos beneficios, luego de salir la pensión anticipada y admite que trabajó en consulta externa y hospitalización en el hospital Lorencita Villegas de Santos y su jefe fue el doctor Alfonso Ramon Mogollón, y también trabajo en la sede de caprecom en el dorado, en consulta externa y con relación a quien hizo la negociación cita al doctor chucho, como vemos entonces, admite que solo le deben los derechos relacionados con salud y educación por expresarlo así enfáticamente al contestar los interrogatorios, o el interrogatorio. Con estas pruebas vamos entonces a resolver los pedimentos de la demanda. Lo que nos solicita la parte actora es la reactivación de los derechos convencionales, porque considera que hubo un incumplimiento de lo pactado en lo relacionado con las medidas de salvamento de la entidad, hay una ficha que aparece a folio 124 de fecha 29 de octubre de 2015, que es firmado por la junta directiva de sindicato dirigido a la directora de caprecom, donde se solicita la reactivación de la convención colectiva y se habla de un presupuesto para la entidad, por cuanto dicen ellos, se han enterado de las políticas de dar por liquidado a caprecom y que no se ha generado los recursos en el presupuesto del año 2016, con el fin de pagar los derechos convencionales dejados en suspenso desde el año 2003, pues, quedaron reactivados con retroactividad, dice el sindicato, además se han realizado la denuncia de la convención colectiva y se deben asignar los recursos señalados en la convención vigente, y aparece en el expediente también la respuesta que entrego la entidad en un documento que aparece a folio 125, donde indica que se convocará a la junta directiva, luego aparece la expedición del decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, por medio del cual se ordena la liquidación de la entidad y obviamente la terminación de todos los contratos. Ahora, la entidad en liquidación mediante una resolución la 030 del 1 de marzo de 2016 que aparece a folio 148, hablo la entidad en liquidación para ese año, para esa época, crea la guía de consulta para la liquidación de acreencias laborales y mediante la resolución L029 del 26 de febrero de 2016, se convoca a los trabajadores a que acrediten los beneficios, allí se habla de guardería, aportes educativos, nutrición infantil, a los cuales se le reconoció el beneficio mediante la

resolución numero 000623 del 2016, documentos que encuentra el expediente a folios 212 a 228, hay otra circular la l0036 del 2016 de fecha 2 de mayo de ese año, donde se convoca a quienes se consideren beneficiarios de la reactivación del plan complementario de salud para que aporten los documentos requeridos y la acreditación del grupo familiar. Y mediante la resolución de fecha 22 de junio de 2016 se reconoce que para el año 2003 estaba vigente un plan de zafiro y habla de una forma de liquidación y da como resultado un valor de \$212.859 para cada beneficiario reconocido y que al trabajador retirado se le reconocerá en proporción al tiempo de servicio prestado. A folios 369 a 400 hay una resolución la AL01854, esta es del 2 de mayo de 2016 y está firmada por el liquidador de la caja de previsión social de comunicaciones caprecom, califica y gradúa las acreencias oportunamente presentadas con cargo a la masa del proceso liquidatorio de la caja, y con respecto a la demandante María Helena Giraldo Vélez, no le reconoce ninguna suma por cuanto considera que no se allegaron los soportes, los contratos, certificaciones u otro tipo de documento que revelara la existencia de la relación jurídica, que no allego prueba ni siquiera sumaria del crédito, niega la solicitud de incremento salarial, de derechos convencionales suspendidos, de reajuste de salarios, señala que año a año la entidad le ha venido incrementando los salarios. Dice también que la convención colectiva al estar suspendida en forma parcial en alguno de los beneficios reconocidos a los trabajadores, nunca quedo sometida por los acuerdos extra convencionales a que una vez diera la terminación y liquidación de la entidad y que los efectos fueran retroactivos y que los trabajadores que iniciaron labores antes del 12 de junio de 2003 recibieron su bonificación y habló allí de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, encuentro que también insiste el liquidador en que la conciliación y la transacción están contempladas en el artículo 2469 del código civil, dice también que a su juicio estaban permitida por la ley laboral y que no se vislumbra que se vulneraron derechos irrenunciables, pues los beneficios convencionales reclamados en la demanda son derechos inciertos hasta tanto no se cumplan los requisitos para acceder a la misma, además señala que los derechos reclamados están afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción. Encontramos en el expediente también esa acta de liquidación que fue firmada por el grupo de resolución de conflictos y conciliaciones del ministerio del trabajo, que la prueba precisamente y esa conciliación se hizo entre la trabajadora y un apoderado especial de caprecom, empresa industrial y comercial del estado en liquidación, donde deciden de mutuo acuerdo terminar la relación laboral y conciliar derechos inciertos y discutibles que hubieren podido generarse durante la relación laboral. Debo indicar entonces que este tipo de conciliación no contraviene el ordenamiento jurídico, pues el inspector del trabajo de conformidad con lo indicado en el artículo 17 del decreto 2511 de

1998, se encuentra autorizado para realiza este tipo de conciliaciones extrajudiciales y tiene una obligación fundamental y es la de velar por el respeto de los derechos ciertos e irrenunciables de la trabajadora porque los demás obviamente son discutibles y se pueden conciliar; además frente a la forma de terminación, este servidor judicial, del estudio de la información que se encuentra en el expediente, no encuentra que se esté vulnerando algún derecho de la trabajadora con este acuerdo conciliatorio, pues se han respetado los derechos mínimos e irrenunciables, la trabajadora se acogió al plan único de retiro consensuado que caprecom le ofreció y además allí quedaron consignadas todas las acreencias laborales, incluidas las reclamadas dentro de la presente demanda. Con respecto a esta forma de terminación de la relación laboral, la corte suprema de justicia ha tenido la oportunidad de trabajar en el tema y ha dicho, entre otros, lo siguiente: “en este punto, conviene recordar que esta sala de la corte, ha sostenido con insistencia que el empleador puede promover planes de retiro para sus rabajadores y que el solo hecho de publicarlos o impulsarlos, no puede ser asumido como una forma de coacción o de presión indebida que vicie en nulidad las terminaciones de los contratos de trabajo por las conciliaciones eventualmente celebradas. Hay varias sentencias pero pueden consultar la sentencia de la corte suprema de justicia en su sala laboral del 16 de octubre de 2012 que se dictó dentro del radicado 38706 y otras que hacen relación a la conciliación como una sentencia del 7 de junio de 2006, radicado número 25977, otra también de la corte suprema de justicia de la sala laboral del 10 de octubre de 2012 que se dictó dentro del radicado 38706. Ahora, independientemente de estas consideraciones, no se puede soslayar o dejar pasar por alto que dentro del proceso de liquidación de la entidad, la actora manifestó haber hecho pagos de salud prepagada o de gastos adicionales con respecto a los beneficios a partir del momento en que se activaron esos beneficios convencionales, pues si bien es cierto que contra la negativa se interpuso y sustentó recurso de reposición especialmente contra la resolución AL01854 del 2016, no menos cierto es que estas constancias de salud entregadas por Colpatria, por algunos pagos efectuados desde el año 2012 hasta el año 2015 fueron desestimados por ser anteriores a la fecha de decreto que ordenaba liquidar la entidad. En el acuerdo del año 2003 que aparece a folio 73 en el numeral 8 se indico lo siguiente: “las partes acuerdan que en caso de no viabilización de las entidades en los términos del presente acuerdo extra convencional y se determine por parte del gobierno la fusión o liquidación, la convención colectiva conservara su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación, es decir que los beneficios convencionales no se iban a reconocer en forma retroactiva, por lo tanto si el proceso de la terminación y liquidación de la entidad lo fue a partir de la expedición del decreto del 28 de diciembre de 2015, los beneficios

deprecados convencionalmente dejados en suspenso si se reactivan, esto es, a partir del año 2016, pero se deben reconocer hasta la liquidación final, según el acta final del proceso de liquidación, pues data esta fecha de terminación 27 de enero de 2017. El recurso fue resuelto mediante la resolución AL05811 del 2016, concretamente de julio de ese año, donde dijo que no existe una entidad prestadora de salud que asuma una medicina prepagada con los beneficios que reconoce la convención colectiva y con otros argumentos también se confirmó la decisión anterior. Sin embargo, la misma entidad liquidada en su momento y por medio de su liquidador, se expidió el oficio 201699990006111 del 29 de septiembre de 2016, documento que aparece a folio 429 y otros en adelante donde se refirió a los puntos de recurso y dejó claro que el derecho de beneficio de salud prepagada o complementaria es una concesión extra legal que perdió vigencia según el acto legislativo 01 de 2005 a partir del 31 de julio de 2010, por eso nos vemos en la necesidad de analizar la teoría del caso que expone la parte demandada y encontramos que resulta contradictorio el argumento por esta parte demandada cuando afirma que al haber quedado en suspenso por 10 años a partir del año 2003 y la nueva del año 2013, había dejado en suspenso esta convención, en el 2003 se habló de la suspensión y en el año 2013 también se habló de la suspensión, y posteriormente se viene a alegar que quedo sin vigencia de acuerdo a lo contemplado en el acto legislativo 01 de 2005, cuando considera que esos beneficios perderían vigencia o perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, mas sin embargo no se puede dejar de lado que la empresa si le reconoció a algunos trabajadores el beneficio de salud complementaria, derechos de guardería y estudios de grupo familiar como lo indique anteriormente cuando se hizo la citación correspondiente para que acreditaran estos derechos en el proceso de liquidación; más sin embargo se debe indicar que el reconocimiento de estos derechos fueron para aquellos trabajadores activos que estaban vinculados con caprecom y que en su momento acreditaron tener el derecho, pero con respecto al beneficio de salud complementaria, si bien se reactivó, se reconoció a los que acreditaron haber realizado por su propia cuenta el pago de estos servicios, por eso es que nos vemos en la necesidad de hacer un análisis especial porque la persona que demanda no era una trabajadora activa pero si estaba pensionada. Es un hecho cierto que las convenciones colectivas rigen los contratos de trabajo, mientras la relación laboral subsista, de ahí que en un proceso de liquidación de una entidad u organismo administrativo nacional, la convención que se encuentra vigente al momento de la liquidación del organismo debe ser aplicada hasta la terminación del proceso de liquidación, caso en el cual lógicamente se dan por terminados los contratos de trabajo ante la desaparición de la entidad, sin que pueda colegir una vigencia indeterminada de la misma aun en el evento de la disolución y liquidación de una entidad, pues de lógica una vez

terminada las relaciones laborales, a consecuencia de la disolución y posterior liquidación de una entidad, pierden vigencia las normas convencionales que regían la misma, es decir, estos derechos al ser inherentes al contrato de trabajo que se hicieron extensivos a los trabajadores que tuvieran en este caso pensión convencional, más sin embargo, la suerte de lo principal, pues como dicen en materia civil, la sigue lo accesorio, vale decir, al extinguirse la relación laboral por liquidación de la entidad también fenecen los derechos convencionales los cuales existían únicamente por la relación laboral, no siendo así el derecho pensional el cual ya se había causado con anterioridad a la liquidación de la entidad. Los derechos convencionales quedaron en suspenso por decisión de las partes desde el año 2003, bajo la condición de que se hacía mientras la empresa subsistía y daba muestras de ser competitiva y de una recuperación financiera y la reactivación de esta estaba sujeta a un hecho futuro e incierto que consistía en que la empresa no fuera liquidada ni fusionada, hecho que efectivamente se suscitó con la expedición del decreto 2519 del 2015, mas sin embargo este servidor judicial tiene la teoría o ha venido manejando la teoría de que de conformidad con lo señalado en el acta extra convencional, especialmente la que aparece a folio 68, los derechos convencionales que van suspendidos por 10 años y que en caso de no viabilización de la entidad, esa convención si conserva su vigencia pero esto no implica que se reconozcan derechos retroactivos, no obstante encontramos que la corte suprema de justicia también ha hecho pronunciamientos al respecto y ha declarado la vigencia de las convenciones colectivas, especialmente en una sentencia que si pueden consultar se dictó dentro del radicado número 38985, con ponencia de la doctora Elcy del Pilar Cuello Calderón, esto fue el 10 de julio de 2012, en donde en un caso especial parecido al que nos ocupa, en una sentencia, una decisión proferida por el juzgado laboral 13 del circuito, pues hizo el estudio correspondiente y considero que la vigencia de la convención colectiva se mantenía. Por eso vamos a estudiar todas las pretensiones que fueron consignadas en el escrito demandatorio, con respecto a los beneficios de salud que reclama la entidad, considera la demandante que por haber realizado pagos a medicina prepagada y que los justifica con la documental que obra a folios 435 a 443, esto es una certificación de acsa Colpatria medicina prepagada, donde se reconoce que cancelo unos pagos de medicina prepagada, esos pagos ascienden a la suma de \$38.749.523, el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión inicial señala que las entidades promotoras de salud podrán ofrecer planes complementarios al plan obligatorio de salud que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias, claramente desde el principio los planes complementarios de salud están regulados como prestación adicional al plan obligatorio de salud cuya satisfacción no está a cargo del estado ni del sistema integral de seguridad social en cuanto para

acceder a sus beneficios indudablemente el afiliado debe asumir su costo, lo anterior no impide que los empleadores voluntariamente y en forma unilateral o convenida asuman ese costo, tal como sucede en el presente caso, pues se acordó convencionalmente con la organización sindical en el artículo 28 unos beneficios a favor de sus trabajadores y pensionados concretamente contrataron plan complementario de salud, así mismo la misma entidad mediante la circular L0036 del 2016 solicitó convocar a quienes consideraban ser beneficiarios del derecho al plan complementario de salud para que aportaran documentos necesarios para su acreditación, por lo tanto, la misma entidad admite la existencia de ese plan complementario, invita a sus afiliados sindicalizados o no, porque la convención cubre todos los ex trabajadores, a que presentaran los documentos necesarios para acreditar su pago porque era la intención del liquidador cubrir estos valores. Por lo tanto, dado que efectivamente no hay discusión sobre la vigencia de esos reconocimientos y la parte actora demostró el pago, no hay otra alternativa que condenar al patrimonio autónomo de remanentes de la extinta caja de previsión social de comunicaciones caprecom, cuyo vocero y administrador es la fiduciaria la previsora sociedad anónima al pago de esta suma que asciende a 3\$8.749.523 y así lo indicare en la parte resolutive. Para sustentar mayormente este derecho que se concede, la misma sentencia que indiqué precedentemente dijo: “ese alcance que fija el sentenciador de alzada a la norma convencional no luce descabellado y por ende no es constitutivo de un desacierto evidente aun cuando también resulte plausible la argumentación que esgrime el recurrente, en el sentido en que ese de ese beneficio gozan todos los trabajadores, pues debe recordarse que no es función de la corte en casación fijar el alcance de las normas convencionales, pese a la gran importancia que tienen en las relaciones obrero patronales en virtud a que no se trata de preceptos sustantivos de alcance nacional. En principio, dijo la corte, son las partes las llamadas a fijar el sentido y alcance de los textos convencionales y la corte solo puede apartarse de la interpretación que le asigne el juzgador cuando ella se muestre absurda, situación que no es el acontecido en este caso, en este sentido ha sido criterio de la sala que en casos respecto de los cuales de una misma disposición convencional resultan entendibles diferencias interpretacionales, el fallador puede optar por una de ellas sin que pueda ser constitutivos de un error evidente o protuberante, en la medida en que ese mismo hecho descarta por completo la estructuración de un desatino factico de las características exigidas en el recurso extraordinario de casación.” Se reclama también unos derechos de educación de los hijos dependientes, sin embargo, pues no se acreditó la calidad de dependientes ni de tener estos beneficios, por lo tanto, sin mas argumentos por no demostrar la parte demandante las exigencias de la norma convencional, pues se despachará desfavorablemente esta

pretensión. Con respecto a la pretensión encaminada a que, concretamente la pretensión condenatoria encaminada a que se declare que la empresa debe reactivar todos los derechos convencionales y pagar todos los derechos convencionales dejados en suspenso, entre ellos reclama auxilio de transporte convencional, descanso especial convencional, vacunas contra la hepatitis b, prevención del sida, bonificación por recreación, reliquidar prestaciones sociales del año 2003, con el incremento del 6.99%, debo indicar al respecto que la parte actora terminó su relación laboral el 31 de octubre de 2003, cesó su vinculación con la entidad, con caprecom que estaba activa en esa época y con la reactivación de la convención colectiva, pues esta tuvo lugar a partir de la expedición de la decreto 2519 de 2015 y esta entidad tuvo vigencia hasta el 27 de enero de 2017, pues esa fue la fecha de liquidación final y durante ese tiempo desde la terminación de la relación laboral, año 2003 hasta la liquidación de la entidad que fue en el año 2017, no se acreditó que la parte actora estuviera expuesta a los riesgos que indica, esto es, estar expuesta al sida o a la hepatitis b. Frente a ese derecho de vacunación contra la hepatitis b y prevención del sida que los encontraban en los artículos 34 y 35 respectivamente de la convención colectiva, los mismos pues no procede su reconocimiento, por cuanto esta campaña va dirigida a los servidores públicos y a su núcleo familiar, pero a la fecha se haría inánime la aplicación de tales beneficios, pues ya la empleada dejó de ser empleada publica en el año 2003, por lo tanto, hasta esa fecha era que debía someterse a los tratamientos correspondiente y estaba la entidad en la obligación de ofrecerlos. Frente al auxilio de transporte que lo constaba la convención colectiva en su artículo 47, dice inicialmente en la norma que serán prestados por rutas de buses, la actora dejó de laborar para esa fecha, para la fecha que se reclama, por lo tanto pues no hay derecho a conceder este derecho reclamado. Además, al examinar el texto de las normas transcritas, allí se estipuló: “se dijo que se haría conforme a lo decretado por el gobierno nacional” de tal manera que una interpretación lógica de esta norma convencional, pues nos da a entender que se remite a la ley que regula lo que tiene que ver con los beneficios, por lo tanto era necesario que se acreditara que la remuneración de la actora no excedía los 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes que es para el caso en que se concede los subsidios de transporte. De ahí que como el salario excedió el tope previsto conforme a lo encontrado documentalmente a folio 13, no le asiste derecho entonces a la demandante de esta reclamación. Frente al descanso especial que aparece en el artículo 26 de la convención colectiva, dice la norma que este procede en época de navidad y año nuevo, la actora terminó de trabajar el 31 de octubre de 2003, no quedó acreditado entonces que hubiere laborado a la finalización de ese año o en términos generales en época de fin de año, por lo tanto pues no procede este derecho. Ahora, hay otra pretensión

es que se declare responsable a la entidad demandada de todas las obligaciones conforme al decreto 197 de 1949, debo indicar entonces que el artículo 52 del decreto 2127 de 1945 estipula que no se considera terminado el contrato de trabajo antes que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o por la convención, si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante el juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber mientras la justicia del trabajo decida la controversia, porque en su parágrafo primero también dice la norma que no se considera terminado el contrato de trabajo, mientras no se practique el nuevo examen medico de que trata el artículo 3 del decreto 2541 de 1945 y no se de el correspondiente certificado de salud al trabajador, a menos que este por su culpa eluda, dificulte o dilate dicho examen. La corte suprema de justicia ha señalado en diversos pronunciamientos pero hay uno que se dictó el 14 de julio de 2009, cuyo ponente fue la doctora Isaura Vargas Diaz, dentro del radicado numero 35303, en esa oportunidad cuando la corte estudia el tema indicó: “en ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al sena, al instituto colombiano de bienestar familiar y a las cajas de compensación y por eso se incluyó en el parágrafo 1 del artículo 65 del estatuto sustantivo de trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por parafiscalidad. Por su significación social, lo que descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado en la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente por lo que podría denominarse sanción al moroso, por lo tanto no existe responsabilidad en el presente caso por cuanto la actora se acogió a un plan de retiro, por lo tanto no hay lugar a prolongar la existencia de un contrato de trabajo bajo esta figura. El tema central aquí es que no se le practicó el examen final de retiro, el empleador salvaguarda cualquier responsabilidad practicando a sus trabajadores un examen medico al inicio y a la finalización de la relación laboral, cual es la finalidad, pues es la de terminar la condición médica de sus trabajadores y busca con ello liberarlo de la carga de asumir prestaciones económicas y asistenciales que no se causaran en vigencia de la relación contractual, sin embargo para este caso concreto, pues se alega que no se hizo el examen final de retiro, sin embargo para entrar a verificar cualquier situación y reconocimiento de carácter económico, es necesario entrar a verificar si sufre de alguna enfermedad o patología que pudiera estar a cargo del empleador por ser negligente en el examen medico de retiro. No se acredita en este expediente alguna circunstancia de esta índole que amerite el reconocimiento de algún derecho correspondiente o entre otras cosas lo que implicaría mantener vigente el contrato, sin embargo,

pues son dos razones las que nos lleva a despachar desfavorablemente esta pretensión en el sentido de que la terminación fue de mutuo acuerdo, y en segundo lugar no se acreditó ninguna patología que acreditara alguna circunstancia especial en su pérdida de capacidad laboral. Ahora, en lo que tiene que ver con el incremento del gobierno nacional, ese incremento superior al 6%, en lo que tiene que ver con los salarios se encuentra acreditado con una constancia que aparece a folio 13, y allí se estableció que la actora recibía como salario la suma de \$1.202.363, es una constancia que fue dada el día 23 de agosto de 2004, pero no existe evidencia que me lleve a la convicción con grado certeza de los salarios devengados el año anterior, por lo tanto, pues no puede hacer un ejercicio matemático para determinar si recibió o no el incremento deprecado y oportunamente concedido por el gobierno nacional, en este caso, aplicamos la carga dinámica de la prueba y encuentro que la parte que correspondía demostrar es la parte que afirmó, en este caso, la parte demandante, y como no logro demostrar su pretensión pues ha de ser de carácter absolutoria esta decisión. Queda por resolver el ultimo problema jurídico, esto es lo que tiene que ver con las excepciones, la nación, ministerio de salud y protección social, propuso varias excepciones pero es de especial importancia la que denominó inexistencia de la obligación, la demandada patrimonio autónomo de remanentes de la extinta caja de previsión social y de comunicaciones caprecom, cuyo vocero es fiduciaria la previsora sociedad anónima, propuso unas excepciones que denomino inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, cosa juzgada, falta de congruencia entre lo reclamado administrativamente y lo petitionado en la demanda, debo indicar entonces que dado el análisis que deriva siendo a lo largo de esta providencia, análisis integral, y dado que prosperó una de las pretensiones de la parte demandante, pues las excepciones propuestas por el patrimonio autónomo de remanentes de la caja de previsión social de comunicaciones caprecom, cuyo vocero y administrador es fiduciaria la previsora sociedad anónima, entidad que la formuló, se declararán no probadas, pero si se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el ministerio de la salud y la protección social, en atención a que actualmente existe todavía el patrimonio autónomo de remanentes y es la entidad encargada de responder económicamente por las consecuencias que genere una sentencia judicial como las que nos ocupa en la tarde de hoy. Hay un tema que no puedo dejar pasar por alto que es lo que tiene que ver con la excepción de cosa juzgada, de conformidad con el artículo 32 del código procesal del trabajo y la seguridad social, modificado por la ley 712 de 2001, en su artículo 19, habla de unas excepciones que denomino cosa juzgada y prescripción y le da ese carácter de ser de naturaleza mixta, y en si se pueden presentar como previas y como de fondo y en algunas circunstancias que se presenta

como previa y se requiere de mayores elementos de juicio para resolverlas, pues se puede diferir para tomar esta decisión al momento de dictar la sentencia. Frente a esta figura procesal de la cosa juzgada, pues se le da a la sentencias y a las conciliaciones proferidas por los jueces y por las autoridades administrativas encargadas de adelantar estas conciliaciones, se les da un efecto jurídico para lograr la terminación definitiva de la controversia y alcanzar un estado de seguridad jurídica, dotando de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico, es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad volver a entablar demandas por el mismo litigio, pero para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada, se requiere que se cumplan 3 elementos determinantes. Primero, que haya identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada, se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas, sobre una relación jurídica, igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. Se debe demostrar que hay identidad de causa, es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada, deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento, cuando además de los mismo hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa; y tercero, identidad de partes, es decir, el proceso debe concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados e obligados por la decisión que constituye cosa juzgada. Por esa razón, tuve especial cuidado de estudiar aquellos aspectos que se consignaron en el acta de conciliación y no encontré que se trataran de los temas aquí ventilados en este proceso 2017 00 323, pues en la conciliación se dejó por fuera los beneficios convencionales, por esa razón no alcanza prosperidad esta excepción”

Inconforme con esta decisión la parte actora **interpuso recurso de apelación** manifestando que:

“Gracias señor juez, me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia dictada y básicamente se refiere a lo expuesto frente al incremento del año 2003, donde su señoría anotó que no existía prueba dentro del expediente de que no se hubiera practicado dicho incremento. La prueba del incremento está en la misma guía que el empleador otorgo para la liquidación de prestaciones sociales y a folio de la numeración inicial de la demanda es el 213, donde el propio

empleador o liquidador entrega una relación de cargos y de incrementos que se hicieron a la planta de personal de esa entidad, desde el año 2002 en adelante, y se puede observar claramente en la columna de sueldo del 2002 para el sueldo de 2003, que el sueldo no varió en ninguno de los cargos de la planta de personal y en la última fila se observa que el mismo empleador en dicho documento expone incremento salarial del 0%. Es decir, que la prueba de que el incremento constitutivo de salario para el año 2003 y que beneficia a la hoy demandada, no se aplicó tal como lo expone dicha prueba que acabo de mencionar. Los anteriores términos interpongo el recurso. Gracias doctor.”

Por su parte, la demandada fiduciaria la previsora sociedad anónima, vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes de la extinta Caprecom, señaló:

“Gracias señor juez, solicito de manera respetuosa al punto que acaba de ser condenada la entidad al reconocimiento de los beneficios extra convencionales del plan complementario de salud, solicito respetuosamente a que sea enviado al tribunal superior de Bogotá, sala laboral en grado jurisdiccional de consulta, como bien usted lo manifestó en la parte resolutive de la sentencia que acaba de ser dictada. Gracias señor juez.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá las inconformidades señaladas por la parte actora en su recurso, esto es, lo relativo al incremento del año 2003; así mismo, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, se entrará a estudiar la condena impuesta.

En el presente asunto no fueron hechos objeto de controversia, los relacionados con la existencia de la relación laboral, así como sus extremos, cargo y salario, hechos que, además, se encuentran demostrados con la documental allegada por las partes. Así las cosas, se encuentra que inicialmente la parte actora fue nombrada provisionalmente, mediante resolución No. 002867 del 13 de

septiembre de 1984, en el cargo de médico pediatra (fl.-8). Posteriormente, las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 15 de abril de 1997, en el cargo de profesional en salud especializado (fl.-11-12). Así mismo de la certificación expedida por la extinta Caprecom, se tiene que la relación laboral culminó 31 de octubre de 2003, fecha en la cual se acogió al Plan Anticipado de Pensión, con un salario mensual de \$1.202.963,00 y como último cargo, el de Profesional en salud Especializado. (fl.- 13)

Ahora bien, en cuanto al punto de reproche efectuado, por la actora, esto es el incremento decretado por el Gobierno Nacional para el año 2003 del 6.99% .

En el presente caso, el Juez de primer grado absolvió de esta pretensión argumentando que se estableció que la actora recibía como salario la suma de \$1.202.363, pero no existe evidencia del salario devengado por ella en el año anterior, por lo tanto, pues no puede hacer un ejercicio matemático para determinar si recibió o no el incremento deprecado.

Para resolver lo anterior, y pese a que la parte actora en su recurso, afirma que dentro del expediente sí existen constancias de los salarios devengados año a año, lo cierto es, que no se puede dejar de lado el acta de conciliación suscrita entre las partes de fecha 29 de octubre del año 2003, en la que, se declaró la terminación del contrato por mutuo acuerdo, además se dejó expresa constancia, que con ella, se conciliaban la totalidad de los derechos legales, salarios y prestaciones sociales, por lo que sobre esta pretensión operó el fenómeno de la cosa juzgada.

Con lo anterior encuentra la Sala que se da la excepción de cosa juzgada en este caso pues los derechos que aquí se reclaman fueron

conciliados con el documento suscrito voluntariamente entre las partes conforme consta a folios 110 a 113 del expediente. Igualmente es de resaltar que en los hechos de la demanda no se alegó y tampoco se observa algún vicio en el consentimiento que pudiera invalidar tal acto y conforme quedó consignado en el acta, todo lo que allí se consignó fue por mutuo consentimiento y al no vulnerársele a la señora Maria Elena Girado Vélez, los derechos ciertos e indiscutibles que de la relación laboral se generaron, por lo que se habrá de modificar la sentencia en este aspecto, y se declarará la prosperidad de dicha excepción.

Dando aplicación al Grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada y en cuanto a la única condena que le fue impuesta, esto el al reconocimiento y pago de la suma de \$38.749.523, por concepto de Plan Complementario de Salud, desde ya ésta Colegiatura que la misma deberá revocarse.

Lo anterior, se afirma como quiera que en el presente caso se tiene que la actora es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, en los términos señalados por el Juez de Primer Grado; así mismo que mediante acuerdo extraconvencional suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003, prorrogado el 7 de junio de 2013, las partes acordaron la suspensión de algunos beneficios convencionales contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 (fl.- 68- 75, 88- 96); Que mediante el Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 se ordenó la supresión y liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”, EICE (fl.- 127-146); y que, como ya se indicó, la demandante y CAPRECOM EICE en liquidación suscribieron acta de conciliación el 28 de octubre de 2003, a través de la cual, la trabajadora se acogió al Plan Único de Retiro Consensuado que le ofreció la entidad, y se conciliaron los derechos inciertos y discutibles. (fl.- 110-113).

En este orden de ideas, es necesario establecer si como consecuencia de la liquidación de CAPRECOM EICE en el año 2015, se reactivó el pago, de forma retroactiva de los beneficios convencionales suspendidos mediante el acuerdo extraconvencional firmado en el año 2003, prorrogado en el año 2013, y por ello, le asiste derecho al actor al reconocimiento de los beneficios dejados de percibir, en este caso puntual el Plan de Salud Complementario, al cual fue condenado la demandada.

Así las cosas, para resolver lo anterior, se debe advertir que el Acuerdo suscrito entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 23 de junio del 2003 dispuso la suspensión, por un término inicial de 10 años, de los siguientes beneficios contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo: dotación, auxilio de transporte, descanso especial o dominical, prevención del SIDA, vacunación contra la Hepatitis B, nutrición infantil, guardería, dotación de libros y aportes educativos. De igual manera, se acordó que en caso de que se decretara aumento salarial por el gobierno nacional, sólo se incrementaría para el año 2003 a los funcionarios que devengaban \$750.000 y sólo a partir de la fecha de expedición del Decreto, en los años subsiguientes conforme al IPC establecido por el gobierno nacional (ver folio 68). Lo anterior, a fin de conseguir la viabilización de la entidad, dada la crisis económica en la que ésta se encontraba, advirtiéndose en el numeral 8 de este texto que “en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extraconvencional, y se determine por parte del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación” (ver folio 73).

Mediante Acuerdo Extraconvencional suscrito entre las mismas partes el 7 de junio de 2013, se decidió la ampliación de la vigencia del anterior Acuerdo por 5 años más, a excepción de algunas

modificaciones que se introdujeron como la de establecer un incremento salarial y la de reactivar el pago del beneficio convencional contenido en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, denominado descanso especial o adicional (ver folios 88-86). En este Acuerdo se reprodujo el texto contenido en el numeral 8 del Acuerdo suscrito el 23 de junio de año 2003 antes transcrito.

Así las cosas, es claro que estos Acuerdos extraconvencionales establecieron una condición suspensiva, según la cual, el NO reconocimiento de los beneficios convencionales cesaría con la apertura del proceso liquidatorio de la entidad, lo que sucedió con el Decreto 2519 del 28 de diciembre del 2015, por lo que solo a partir de dicha data se hicieron exigibles los derechos, sin que se pueda pretender como lo hace la parte actora el reconocimiento de estos derechos de manera retroactiva.

Así las cosas, la Sala considera que si bien dichos Acuerdos extraconvencionales perdieron su aplicabilidad por la liquidación de CAPRECOM, lo cierto es que ello no implica el reconocimiento retroactivo de los beneficios que se encontraban suspendidos, pues así no se acordó en dichos textos. Tales beneficios solo se hicieron exigibles a partir de la liquidación (28 de diciembre del 2015). De todas formas y ante cualquier interpretación en contrario, se debe recordar que “por mandato categórico del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, las disposiciones legales de trabajo, y también las de la seguridad social, carecen de efecto retroactivo y, por tanto, no tienen virtud para disciplinar situaciones jurídicas definidas o consumadas al amparo de leyes anterior” (sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado No. 40438, del 2 de mayo de 2012), o como sucede en el presente caso, al amparo de normas convencionales cuya vigencia fue suspendida por la manifestación de voluntad de la empresa y el sindicato.

Por lo anterior, se habrá de revocar la condena impuesta en primera instancia por cuanto los dineros a los que se condenó, fueron sufragados con anterioridad el levantamiento de la suspensión antes citada. (fl.- 435-442)

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR el numeral **PRIMERO** la sentencia apelada, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA EXTINTA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, de la condena impuesta, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, y declarar probada la excepción de cosa juzgada, en los términos antes expuestos.

TERCERO. CONFIRMAR, en lo demás la sentencia apelada

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.35 -2015 -0043 02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FRANCISCO JOSE QUINTERO PINTO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de COLPENSIONES, a la Dra. ELIZABETH MORENO CABALLERO, en los términos y para los efectos conferidos en el poder que reposa a folio 1483 del expediente.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), día señalado en auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, los apoderados de la parte actora, y demandados, COLPENSIONES, FIDUPREVISORA y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, presentaron sus alegatos de conclusión, vía correo electrónico.

SENTENCIA

Revisa la Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito, dada la apelación presentada por los apoderados de las partes.

ANTECEDENTES

El señor FRANCISCO JOSE QUINTERO PINTO, por medio de apoderado judicial, solicita se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., y como consecuencia de ello se condene a la demandada PROTECCIÓN a autorizar su traslado a COLPENSIONES; que se condene a la demandada ASESORES EN DERECHO SAS, en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, a que le expida a su favor resolución de bono pensional o cálculo actuarial por el tiempo que laboró para la Flota Mercante S.A.; que se condene a FIDUCIARIA LA PREVISORA en su calidad de administradora y vocera del patrimonio autónomo – Panflota, a que pague a Colpensiones, el valor del título pensional o cálculo actuarial, a que haya lugar.

Así mismo, para que Colpensiones tenga en cuenta el tiempo laborado al momento de otorgar la pensión de vejez por aportes, solicitando de igual manera para el efecto que, se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión por aportes, teniendo en cuenta el 90% del IBL. Finalmente solicita se condene a los demandados al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, los intereses moratorios y los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita.

De manera subsidiaria solicita se condene a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a pagar a COLPENSIONES el título o cálculo actuarial o en su defecto a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (fl.- 4-5)

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis señala:

- Que el Gobierno Nacional mediante la ley 95 de 1931 autorizó al Gobierno Nacional fomentar la organización y desarrollo de la compañía de Marina Mercante, con la cooperación de la Federación Nacional de Cafeteros, dando un derecho de opción accionaria del 20% del total e la participación de dicha compañía.

- Que la Flota Mercante Grancolombia S.A. se crea con capital público, pero se inscribe como una empresa de derecho privado.
- Que la Flota Mercante tenía la obligación de pagar las pensiones de jubilación
- Que el actor laboró para la Flota Mercante, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de julio de 1979 hasta el 8 de enero de 1992.
- Que efectuaron una conciliación en el Juzgado Sexto de Barranquilla, en la que nada se trató el tema de los aportes pensionales no pagado.
- Que la Flota Mercante no efectuó aportes en su favor por desde el 23 de julio de 1979 hasta el 3 de septiembre de 1990.
- Que desempeñaba el cargo de Segundo Oficial
- Que tenía un salario promedio de US 2.354,53.
- Que en la actualidad se encuentra afiliado a la AFP Protección, que con anterioridad había cotizado 182,11 semanas al ISS.
- Que ha presentado diferentes derechos de petición a fin de lograr el traslado de régimen pensional. (fl.- 5 – 9)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez admitida la demandada, fueron debidamente notificadas las demandadas, quienes procedieron a dar contestación, así:

FIDUPREVISORA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los enlistados en los numerales 24, 1.26, 1.27, 1.31, 1.32, 1.33, 1.34, 1.36, 1.39, 3.35 y 3.39, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepción de fondo la que denominó inexistencia de la obligación. (fl.- 636 – 654)

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó indebida vinculación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción. (fl.- 727 - 746)

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los enlistados en los numerales 2.2, 3.1, 3.37, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe. (fl.- 752 -759)

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los enlistados en los numerales 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.7, 1.8, 1.9, 1.10, 1.11, 1.17, 1.26, 1.29, 1.30, 1.31, 1.33, 1.36 al 2.2, 2.6, 2.7 y 2.8, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepción de fondo la que denominó ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la federación Nacional de Cafeteros de Colombia. (fl.- 778 - 826).

ASESORES EN DERECHO S.A.S. como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, actúa en el presente asunto como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los enlistados en los numerales 1.8, 1.19, 1.24, 1.26, 1.27, 1.30, 3.1, 3.3 y 3.34, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial, prescripción, buena fe y oposición a la condena en costas. (fl.- 839 – 860)

Finalmente, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el enlistado en el numeral 3.25, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido. (fl.- 878 - 880)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia de fecha 31 de mayo de 2019, resolvió:

1. *Condenar a la demandada ASESORES EN DERECHO S.A.S como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA, a expedir el respectivo acto administrativo contentivo del cálculo actuarial del demandante Francisco José Quintero Pinto por el tiempo laborado y no cotizado por las compañías de inversiones de la flota mercante desde el 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990, conforme a los salarios establecidos en la parte motiva de la presente providencia y que se adjuntan en un cuadro sin que puedan exceder los topes máximos señalados en las tablas de categorías y aportes establecidos por el seguro social para esa época.*
2. *Se condenará a la FIDUCIARIA LA PREVISORIA S.A. en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a pagar el cálculo a que tiene derecho el demandante Francisco José Quintero Pinto junto con los intereses a que hubiere lugar, por el tiempo laborado y no cotizado en la compañía de inversiones de la flota mercante, correspondiente al 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990.*
3. *Condenamos a protección para que previo el recibo a satisfacción del cálculo actuarial, incluya el tiempo laborado antes indicado en los numerales anteriores, dentro del reporte de semanas cotizadas con destino al reconocimiento pensional del demandante.*
4. *Condenamos a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al pago subsidiario del cálculo actuarial a que tiene derecho Francisco José Quintero Pinto por el tiempo laborado en la compañía de inversiones de la flota mercante, como ya indicamos, del 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.*
5. *Absolver a las demandadas de las demás pretensiones invocadas en su contra.*
6. *Costas estarán a cargo de la federación nacional de cafeteros en calidad de ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria con representación de PANFLOTA y la fiduciaria la previsora como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, fijándose como agencias en derecho \$1.000.000 para cada una*

Como fundamento de su decisión el Juez de primer grado señaló:

“Consideraciones. Inicialmente vamos a evaluar la relación de trabajo del demandante con la compañía de inversiones de la flota mercante s.a. Según lo solicitado en la demanda, analizamos la existencia de un vínculo contractual de la accionante con la compañía de inversiones de la flota mercante, reclamada del 23 de julio del año 1976 hasta el 8 de enero de 1992. Para estudiar los elementos que conforman la relación laboral predicada por el demandante, valoraremos las pruebas en su conjunto según lo ordenado en el artículo 61 del código de procedimiento del trabajo, consecuencia de lo anterior, observamos que en los folios 431 a 435, aparece en efecto un contrato de trabajo suscrito por el señor Francisco José Quintero Pinto con la extinta flota mercante gran Colombiana, del que se desprende que la relación laboral inició el 23 de julio de 1979, cuyo objeto era ejercer el cargo del demandante de tercer oficial de entrenamiento. Como consecuencia de lo anterior, percibía o se pactó una asignación salarial de \$415.47 dólares, adicionalmente en los folios 436 y 437 existe un acta de conciliación celebrada entre el demandante y la flota mercante gran colombiana, de donde se extrae

que el señor accionante y la citada compañía, existió un contrato de trabajo del 23 de julio de 1979 al 8 de enero de 1992, el cual terminó por mutuo acuerdo entre las partes; de acuerdo con ello, se tiene que entre el actor y la compañía de inversiones de la flota mercante existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente del 23 de julio de 1979 al 8 de enero de 1992. Pasamos entonces a analizar el tema de los aportes a la seguridad social, del 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990. El señor demandante en los hechos de la demanda señala que la extinta flota mercante no le realizó los aportes a pensión para el periodo comprendido del 23 de julio de 1979 al 3 de septiembre de 1990, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 61, encontramos que el primer aporte que realizó la flota mercante gran colombiana fue el 3 de septiembre de 1990; en la contestación de la demanda efectuada por asesores en derecho en calidad de mandatario con representación de panflota, se indica que el seguro social solo asumió el riesgo de los trabajadores marítimos el 15 de agosto de 1990, a través de la resolución 3296 del 2 de agosto de ese año por expresa disposición de la ley 90 de 1946, en el medio magnético que se aportó en el folio 862, aparece el acto administrativo enunciado por la demandada en el cual se establece que a partir del 15 de agosto de 1990 se debía proceder a inscribir en el régimen de seguros sociales al personal del mar vinculado a la empresa y agencias de transporte marítimo, conforme a la petición que elevó el demandante y de acuerdo a lo señalado en precedencia, tenemos que la extinta compañía de inversiones de la flota mercante gran colombiana no realizó aportes al sistema de seguridad social en el periodo comprendido del 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990.

En cuanto al pago del cálculo actuarial, como se ha establecido que la empleadora del actor no realizó las cotizaciones correspondientes para el periodo antes indicado, procedemos a estudiar la procedencia del bono pensional o el correspondiente calculo actuarial. Lo primero que se menciona es que antes de la existencia del seguro social, las pensiones de jubilación estaban a cargo directo del empleador, por lo que la expedición de la ley 6 del año 1945 que creo el primer estatuto del trabajo, en el cual se previó asuntos como convenciones colectivas, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y surgió la jurisdicción especial laboral. Por lo anterior, era el empleador quien tenía a su cargo las contingencias de vejez, invalidez y muerte, enfermedades generales, maternidad y riesgos profesionales, tal como lo establece el artículo 14 de la citada norma. Con la creación del seguro social dicha entidad se subrogó en tales contingencias de los empleadores, tal como lo establece el artículo 12 de la ley 6 de 1945, por lo que asumió estas prestaciones periódicas en todo el territorio nacional, pero fue paulatinamente, por ejemplo, en Medellín y en Bogotá fue a partir del 1 de enero de 1967, por lo que para el 1 de abril de 1994 se encontraba en tan solo 320 municipios del país. Con la ley 90 de 1946 en su artículo 72, se estableció una obligación en cabeza del empleador de realizar la provisión correspondiente en cada caso la provisión, eso es un tema contable, en cada caso para que esta fuera entregada al instituto de seguros sociales cuando se asumiera por parte de este el pago de la pensión de jubilación, por lo que aun, cuando la instauración del seguro social hubiese sido paulatina, las empresas ya tenían esa obligación de realizar los correspondientes aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social, para el personal del mar que estaba vinculado a las empresas y agencias de transporte marítimo que laboraban permanentemente a bordo de barcos, como

fue el caso del accionante, la obligación de la afiliación, como dijimos , fue el 15 de agosto de 1990, conforme a lo dispuesto en la resolución 3296 del 2 de agosto del mismo año, es así que para el periodo en que la extinta flota mercante no realizó las cotizaciones respectivas, no existía la obligación legal, en efecto, de afiliar a estos trabajadores a dicha entidad. En el caso sub examine, advertimos que si bien la sociedad demandada solamente tuvo la obligación de afiliar al trabajador el 15 de agosto de 1990, como lo alegan parte de los demandados, conforme a lo señalado, lo cierto es que desde el año 1946 ya existía la obligación de realizar los respectivos provisionamientos de capital necesarios para que se realizaran los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones. No se podría pensar que por no tener entonces la obligación de afiliar a sus trabajadores al seguro social, dichas empresas estaban entonces exoneradas de la obligación derivada de la contingencia de la vejez de sus empleados, recordando que el contrato de trabajo es sinalagmático perfecto, por lo que impone cargas y obligaciones a cada una de las partes y no pueden aprovecharse de la prestación de servicios de sus trabajadores sin dar una contraprestación. En tal sentido, nos apoyamos en la corte suprema de justicia, quien en sala laboral ha dicho lo siguiente en la sentencia SL9856 de 2014 y la 17300 del mismo año, lo siguiente: teniendo en cuenta las reglas y principios de la ley 100 de 1993, la corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a las eventualidades de falta de pago de aportes al sistema de pensiones por falta de cobertura del instituto de seguros sociales, en dichas decisiones se definió, entre otros casos: uno, que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores a pesar de que no actuaran de manera incuriosa al dejar de inscribirlos en la seguridad social en pensiones. Dos, que en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. Tres, y que la manera de concretar ese gravamen en casos en los que el trabajador no alcanzo a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, es facilitar que con solidez su derecho mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social, sentencia esta que estamos refiriendo 57129 del 24 de febrero de 2016. En providencia más reciente señaló el organismo: deviene de lo consignado, conforme al criterio actual de esta sala, que independientemente si la afiliación al seguro social no se realizó por omisión del empleador o porque no había cobertura en ese momento en el municipio donde se prestó el servicio, es obligación del empresario pagar mediante calculo actuarial los ciclos durante los cuales el trabajador estuvo a su servicio, sentencia 51196 del 29 de agosto de 2018 de la sala de descongestión.

En consecuencia, en los casos en que no se presenta la afiliación del trabajador o se omitieron las cotizaciones, debemos condenar al pago del llamado calculo actuarial, debido a que la parte empleadora, al surgir la relación laboral de un contrato sinalagmático perfecto, tiene la obligación o mantenía la obligación de cumplir y beneficiarse, no solamente de beneficiarse de las prestaciones por el servicio realizado por su empleado. Conforme a lo anterior, se deberá reconocer al demandante el pago del cálculo actuarial al que tenía derecho por el periodo que ya hemos mencionado del 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990. En relación con el salario por el periodo para el cálculo actuarial, tenemos que conforme a los documentos allegados en los

folios 479 a 497, el actor devengo las siguientes sumas de dinero por anualidades: para el año 1979 se le reconocieron 2174.34 dólares, recibió en unos años dólares y en otros pesos y dólares, en el año 1979 2174 dólares con 34 centavos; en el año 1980, 4847 con 20 centavos; en el año 1981, 3369 dólares con 71 centavos; para el año 1982, 5278 dólares con 22 centavos; para el año 1993, 5887 dólares con 47 centavos; para el año 1984, 5499 dólares con 73 centavos; para el año 1985, 12025 dólares con 2 centavos; para el año 1986, 106049 pesos o 21288 dólares con 9 centavos; para el año 1987, 23978 dólares con 43 centavos; el año 1988, 25579 dólares con 87 centavos; para el año 1989, 1457 dólares con 96 centavos y para el año 1990, 898 dólares con 9 centavos. Conforme lo señalado en el artículo 135 del código sustantivo del trabajo, y ante la cotización en moneda nacional que debe realizarse en el sistema de seguridad social, se dispuso a determinar el valor en pesos de estas erogaciones conforme a la tasa establecida por el banco de la república para cada uno de los meses y periodos correspondientes del 23 de junio de 1979 al 2 de septiembre de 1990, en cuadro adjunto que hace parte integrante de esta sentencia; en consecuencia, el calculo actuarial deberá realizarse conforme a los salarios previamente determinados sin que se pueda exceder de los topes máximos establecidos en las tablas de categorías y aportes señalados por el seguro social para esa época. Aclarado lo anterior, debemos determinar quiénes son los llamados a responder en el presente proceso por el cálculo actuarial del demandante.

Lo primero que debemos dejar claro es que el llamado a responder es el empleador directo del trabajador, pero en el presente caso la compañía de inversiones de la flota mercante no existe a la fecha, por lo que se deberá condenar es a quienes se han subrogado en las obligaciones de índole pensional de la extinta compañía de inversiones de la flota mercante s.a. En el auto 400010928 del 28 de agosto de 2012, la superintendencia de sociedades extinguió la sociedad de compañía de inversiones de la flota mercante s.a., debido a la necesidad de crear una entidad que reemplazara y asumiera las obligaciones que en ese entonces tenía la compañía de inversiones de la flota mercante, mediante contrato de fiducia mercantil celebrado entre la compañía de inversiones de la flota mercante s.a. y la sociedad fiduciaria la previsora, se creó entonces el llamado patrimonio autónomo panflota, el cual sería el llamado a responder por las obligaciones que tuviere la extinta empleadora del demandante. Respecto a que entidad es la llamada a pagar efectivamente el cálculo actuarial del demandante, el despacho condenará a la fiduciaria la previsora en calidad de administradora del patrimonio autónomo panflota, al pago de dicho calculo actuarial, debido a que conforme a lo establecido en la cláusula 4 del contrato de fiducia mercantil que se celebró entre la compañía de inversiones de la flota mercante s.a. y la sociedad fiduciaria la previsora, se indicó que la fiduciaria tendría como obligación “administrar el patrimonio autónomo panflota con los activos y recursos transferidos por el fideicomitente, así como recibir y manejar recursos entregados en desarrollo del presente contrato, así como los recursos que ingresen en la cuenta que para tal efecto se abra a nombre del fidecomiso. Ahora bien, en relación con la entidad encargada de expedir la resolución contentiva del calculo actuarial, conforme a lo solicitado en la demanda, se tiene que asesores en derecho compareció al proceso como mandataria con representación del patrimonio autónomo panflota, y en virtud del contrato de mandato con representación del 21 de agosto de 2014, se le impuso diversas obligaciones a esta entidad entre las cuales se encuentra: expedir cualquier

acto administrativo relacionado con el reconocimiento de la sustitución o cualquier tramite pensional de los trabajadores de la compañía de inversiones de la flota mercante liquidada y sus beneficios, si los hubiese con cargo al patrimonio autónomo panflota, una vez la federación nacional de cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU 1023 del 2001, proferida por la corte constitucional. Por lo anterior, conforme a dicha obligación, el despacho condenará a asesores en derecho a realizar el respectivo acto administrativo que ordene el pago del cálculo actuarial del demandado Francisco José Quintero a la entidad de pensiones a la cual esté afiliado el actor, es decir, a protección s.a. Una vez realizado el pago correspondiente del cálculo actuarial, se condenará a protección s.a. para que previo el recibo a satisfacción del cálculo actuarial, incluya el tiempo laborado correspondiente del 23 de julio de 1979 al 2 de septiembre de 1990, dentro de la historia laboral del aquí demandante.

En cuanto al siguiente aspecto que es la responsabilidad solidaria de la federación nacional de cafeteros, que fue convocada en calidad de administradora del fondo nacional del café, en el artículo 148 de la ley 222 de 1995 se consagra una presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante al señalar que se presumirá que la sociedad se encuentra en situación concursal por las actuaciones derivadas del control, conforme lo que se indicó en la sentencia de la corte constitucional SU 1023 de 2001 que se analiza, se tiene que el gerente general de la federación nacional de cafeteros, en comunicación del 29 de abril de 1998 dirigida a la cámara de comercio de Bogotá, reconoció que dicha entidad poseía el 80% de las acciones de la flota mercante y que se encontraba en situación de subordinación, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 222 de 1995, es así que está probada entonces la situación de control que ejercía la demandada sobre la empresa extinta. Situación que es igualmente reseñado por la sala laboral de la corte suprema al analizar los elementos de la situación que se discute al indicar lo siguiente: del análisis de los elementos, la corte advierte que en efecto mediante documento privado se determinó que la flota mercante quedaría controlada por la federación nacional de cafeteros, y que sin perjuicio de que esta actuara como administradora del fondo nacional de café en su cabeza, quedó radicada la situación de subordinación prevista en el artículo 27 de la ley 222 de 1995, condición que entonces no le es dable negar al censor aduciendo el contenido de tales documento, lo dijo en la sentencia 56264 del 23 de agosto de 2018. Por lo tanto, se declarará la responsabilidad solidaria de la entidad demandada federación nacional de cafeteros de Colombia, en atención a que se cumple con los presupuestos del artículo 148 de la ley 222 de 1995, igualmente no está desvirtuada la presunción establecida en el artículo citado, por parte de la accionada, como quiera que los argumentos que han esbozado solo demuestran el estado financiero de la entidad extinta, sin que se evidencie la toma de decisiones referentes al mejoramiento de dicha empresa, así lo dijo la sala laboral de la corte suprema de justicia al estudiar la responsabilidad solidaria del ente demandado, a la cual los remitimos para su lectura para no cansarlos demasiado en este proceso. En consecuencia, la demandada federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional de café, deberá responder de manera subsidiaria en relación con lo correspondiente al cálculo actuarial por el tiempo laborado del demandante, en atención a lo establecido la responsabilidad de la federación de cafeteros como administradora del fondo nacional del café, el despacho se abstendrá de impartir condena en

contra entonces del ministerio de hacienda y crédito público. En cuanto a la solicitud de traslado del régimen y la aplicación del régimen de transición del demandante, vamos a hacer el siguiente análisis: que el demandante pretende que lo trasladen de protección a Colpensiones por reunir los requisitos señalados en la sentencia SU 062 de 2010, el despacho analizará si el actor tiene derecho a que se traslade del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, por ser beneficiario del régimen de transición y contar con mas de 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994. Para establecer lo anterior es necesario señalar que las personas que son beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media en cualquier tiempo, al respecto la corte constitucional ha señalado en la sentencia c 789 de 2002, la c 1024 de 2004 y la su 062 de 2010 así como la su 130 de 2013, dice que en cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la sentencia C 1024 de 2004 se entendió que la prohibición del literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en el sentido de que no podrán trasladarse quienes les falten 10 años o menos para cumplir la edad para obtener derecho a la pensión de vejez, no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, quienes podrán hacerlo en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia C 789 de 2002, la referencia hecha a esta ultimo fallo por parte de la sentencia C 1024 de 2004 no significa cosa distinta que solo quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados, 15 años o más, pueden retornar sin limite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho del régimen de transición por efecto del traslado, conforme lo anterior se tiene que es dable acceder al cambio de régimen pensional siempre y cuando se tenga el tiempo de servicios cotizados, esbozado lo anterior se procederá a verificar si el demandante cumple con los derroteros fijados por la corte constitucional, es decir, que si cuenta con los 15 años de servicio. En el caso particular y concreto, en el folio 761 aparece reporte de semanas del señor demandante actualizado al 20 de abril de 2015, en donde aparece que al 1 de abril de 1994 cuenta con 182.14 semanas cotizadas a la antigua administrador del régimen de prima media, de igual forma no se puede dejar de lado los tiempos de servicio que hemos venido haciendo referencia en esta sentencia y los cuales corresponden al 23 de junio de 1979 al 2 de septiembre de 1990, de acuerdo con ello tenemos que el actor acredita un total de 14 años, 5 meses y 5 días, por tal razón no cumple con las exigencias de la sentencia C 789 de 2002, c 1024 de 2004, su 062 de 2010 y su 130 de 2013, y por lo tanto el señor Francisco José Quintero Pinto no tiene derecho al traslado reclamado. Establecido lo anterior y en cuanto a la aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, resulta imperante indicar que de acuerdo con el certificado de folio 489 el señor Quintero se encuentra afiliado a protección desde el 1 de julio de 2008, lo que conlleva a la pérdida del régimen de transición y la inaplicabilidad del acuerdo 049 de 1990 y la ley 71 de 1988, debiendo entonces el actor acreditar en todo caso los requisitos señalados en la ley 100 de 1993 para obtener su derecho pensional si a ello hubiere lugar, prestación que deberá estar a cargo del fondo de pensiones y no de la administradora colombiana de pensiones.

En cuanto a la solicitud o reclamación de perjuicios morales y materiales, si bien en las suplicas de la demanda se solicita el pago de perjuicios morales y materiales por el no pago de las mesadas pensionales conforme lo señala el artículo 16 de la ley 446 de 1998, no es menos cierto que en el expediente no han sido demostrados ni cuantificados los perjuicios reclamados por el demandante y que de contera permitan acceder a este pedimento, pues sabido es que quien afirma una cosa es quien está en la obligación de probarla conforme lo determina el artículo 167 del código general del proceso. Por esta razón, no queda otro camino que absolver de estas pretensiones a los demandados, sin embargo, los intereses que se generaron por la elaboración del correspondiente calculo, deberán ser sufragados por quienes han sido llamados a pagarlo, conforme las consideraciones señaladas en esta sentencia.

Queda por analizar la excepción de prescripción que fue propuesta por asesores en derecho y la federación nacional de cafeteros, la cual se enmarcará en las pretensiones que fueron dirigidas en contra de estas dos entidades, esto es, en relación con los aportes correspondiente al tiempo laborado por el demandante. Es así entonces que la prescripción de los aportes al sistema de seguridad social no está llamada a prosperar como quiera que estos emolumentos en general son imprescriptibles tal como lo ha indicado la sala laboral de la corte suprema de justicia en los siguientes términos: respecto de la prescripción, esta no opera debido a que los aportes con destino a las pensiones son imprescriptibles, lo dijo en la sentencia 59500 del 30 de mayo de 2018, que es una amplia línea jurisprudencial que reiterada pacíficamente por esta sala y por la corte constitucional. Por las resultas del proceso, se declaran no probadas las demás excepciones planteadas. Costas estarán a cargo de las demandadas federación nacional de cafeteros en calidad de administradora del fondo nacional del café, asesores en derecho sas como mandataria con representación del patrimonio autónomo panflota y fiduciaria la previsoría como vocera y administradora del patrimonio autónomo panflota, por agencias en derecho se fija para cada uno la suma de \$1.000.000. En mérito de lo expuesto el juzgado 35 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley...”

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, indicó:

“Gracias su señoría. Pues yo, contrario a lo afirmado por el ad quo, le indico que no es cierto, el tribunal solamente concede 3 minutos para la apelación para alegatos, dice que aquí en esta audiencia es que debemos interponer la apelación y alegar todo lo que tenemos que alegar en razón al debido proceso que le corresponde a mi cliente, por ello interpongo recurso de apelación contra el fallo parcialmente en cuanto a los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 por las siguientes razones de hecho y de derecho: en primer lugar, en la hoja de vida está contemplado claramente, semestre por semestre, los salarios del trabajador, fueron tomados mal, inclusive en algunos nombran pesos y otros en dólares, el salario es en dólares y el salario tiene la siguiente composición: salario básico establecido en la cláusula segunda literal A del contrato de trabajo,

tiene prima de antigüedad, está contemplada en la convención colectiva que se allegó al despacho, la alimentación y alojamiento está establecida en el literal B de la cláusula segunda del contrato y era modificada por la convención, la sobre remuneración a partir de 1988 el trabajador tuvo sobre remuneración fija mensual, por lo tanto y antes de devengaba dominicales, festivos, horas extras diurnas, nocturnas en los 365 días porque laboraba los 365 días, por ello, debe modificarse ese numeral en cuanto a los salarios porque esos salarios no corresponden, además, las normas que se aplican son las normas al momento en que se genera el derecho pensional. Aquí el despacho, contrario a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, en las 197 sentencias hasta el día de hoy, establece con claridad que estos tiempos laborados y no cotizados procede un cálculo actuarial, pero ¿cómo se liquidaría para Colpensiones o para el fondo? Pues para eso se estableció el decreto 1887 de 1994 en concordancia con el decreto 1299 de 1994, que además, a pesar de haber sido declarado inexecutable en la sentencia C 734 de 2005, sigue vigente para el actor y por lo tanto debe aplicarse en su integridad, además para Colpensiones también le rige ese decreto 1887 para elaborar el cálculo en cumplimiento del parágrafo del artículo 4 del decreto 1887 en concordancia con el artículo 5 del decreto 1299. Entonces, establecido que ese no es el salario y que aquí no existe topes de ninguna clase para efectuar el cálculo actuarial, entonces tenemos que el salario para efectuar el calculo actuarial no es otro que el que está en la liquidación final de prestaciones de acuerdo a la normativa, y esa normativa indica que el salario promedio del demandante de acuerdo a la liquidación final, fue de 2534.53 dólares que en pesos colombianos es \$1.238.813, y de acuerdo al tope de la sentencia C 734 de 2005, el tope es \$1.300.000 por lo tanto, no hay ningún tope en ese orden para el tema del salario y de efectuar el calculo actuarial. Ahora bien, el despacho infortunadamente no tiene la última historia laboral del demandante, pero además si tiene el tema del tiempo laborado en la armada nacional, pues para ello hoy protección indica que en Colpensiones tiene 619.57 semanas, si a esas 600 les sumamos 644.85, tenemos que el señor tiene 1200 semanas al 1 de abril de 1994, con lo cual cumple con los establecidos, no solamente en el régimen de transición, sino además cumple todos los preceptos de las sentencias como la 789 de 2002, la c 1024 de 2004, la su 062 de 2010 la su 130 de 2013 y por lo tanto le debe ser ordenado su traslado a Colpensiones. Entonces, establecido que el salario tiene que modificarse, además que el cálculo actuarial también modificará en ese sentido porque los salarios son, el salario es totalmente diferente al establecido por el despacho, entonces tenemos que si le procede la pensión pero ahora atendiendo a la jurisprudencia de la corte respecto al traslado, pues basta revisar esta sentencia que es la última, del 8 de mayo de 2019, sl1689 de la doctora Clara Cecilia Dueñas número 65191, donde el actor precisamente cumple todos esos requisitos establecidos porque el al ser acreedor del régimen de transición y al tener mas de 750 semanas, debe devolverse en cualquier tiempo a Colpensiones para que Colpensiones le estudie la pensión de vejez a partir del 24 de septiembre de 2014, que estaba todavía en vigencia el régimen de transición y debe procederse a la pensión, ahora bien, una cosa es el calculo actuarial y los intereses moratorios que conlleva el dtf pensional para liquidar el bono pensional y otra cosa son los intereses que deben pagársele al actor por no pagársele la pensión del 2014, para ello basta señalar la sentencia su 065 donde la corte constitucional le ordenó a la corte suprema de justicia, sala laboral, que debe condenar a los intereses moratorios cuando no se le ha pagado la pensión porque el

pensionado no puede sufrir esos perjuicios de no recibir su mesada a tiempo y el señor Quintero debería estar recibiendo su mesada desde el 24 de septiembre de 2014 por parte de Colpensiones, atendiendo y cumpliendo con todo el tiempo que laboró en la flota mercante, que laboró en la armada nacional y que laboró en consorcio martra y coldragados s.a., todos tiempos cotizados a Colpensiones con lo cual se supera ampliamente. Ahora bien, con la su 069 también la corte le ordena a la corte suprema de justicia, sala laboral, que debe indexarse todas las mesadas pensionales, la primera mesada pensional, que es un derecho fundamental del pensionado, por lo tanto, este despacho obvió también indexar la mesada, obviamente como negó la pensión, pues debió haber indexado la primer mesada como lo ordena dicha jurisprudencia. Por ello, debe revocarse en este sentido la condena. Ahora bien, un tema que absolver al ministerio de hacienda y crédito público, considera esta parte que no debe ser procedente por una sola razón, dentro del plenario está el concepto de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado, allí se dijo que el ministerio de hacienda debía hacer los aprovisionamientos en el presupuesto general de la nación para el pago de todos los salarios y prestaciones sociales y pensiones insolutas de la flota mercante gran colombiana; de hecho no se ha cumplido, pero lo cierto es que al día de hoy está ya cursando para último debate la aprobación de un segundo fondo nacional del café, esta parte considera que es la forma de burlarse de esta sentencia, si sale adelante, pues no habrá entidad a la cual demandar o que pague o que haga cumplir la sentencia, por lo tanto al ministerio no se debe excluir, además por 3 razones. La primera, el dueño de la flota mercante gran colombiana es una cuenta del tesoro nacional llamada fondo nacional del café, cuenta corriente que el único dueño obviamente es el ministerio de hacienda y crédito público, por lo tanto es a el al que le competía pagar absolutamente todas las acreencias laborales y pensionales insolutas. Por ello, sacarlo de este debate probatorio es contraproducente porque seguramente en el momento de cumplirse la sentencia, no habrá a quien cobrarle la sentencia, así como paso con la flota al diluir el tema liquidatorio y al cerrarse como una empresa pública, cuando era creada y como mínimo era una empresa de economía mixta. Las costas, esta parte también controvierte las costas a pesar de que el tribunal ha sido claro que el artículo 65, que las costas se debaten en el auto que las decretan, las costas y agencias en derecho, yo lo hago en este fallo porque me acaban de notificar en estrados y por lo tanto apelo porque las demandadas aquí han dilatado, prueba de ello es que la demanda al colocarse en el 2015 y hoy 2019 no ha tenido fallo, hasta hoy tiene fallo, por lo tanto se ha diluido y fue por algunas de las demandadas, por lo tanto las costas son, al su actuar gravísimo de acuerdo al consejo de estado, en su sentencia 201540502 del 29 de enero de 2018, ha indicado que ese test de proporcionalidad que indicó el consejo de estado en el caso de algunas de las demandadas está entre el 10.1 y el 15 por su actuar gravísimo y por haber entorpecido el desarrollo normal del proceso y por lo tanto deben ser condenadas en costas con el valor del calculo actuarial y el retroactivo pensional porque aquí se debe revocar y acceder a todas las pretensiones como está establecida en la demanda inicial, por ello, solicito al honorable tribunal superior de Bogotá, revocar la sentencia en lo que indiqué en esta apelación. Gracias su señoría.

**RECURSO DE APELACION DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE
CAFETEROS DECOLOMBIA.**

Entonces, procedo a plantear mi inconformidad respecto de la decisión previamente emitida y como no me queda de otra, pues la forma de materializar estos reparos es la proposición del correspondiente recurso de apelación para que sea resuelto por la honorable sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá. En ese orden de ideas, procederé a hacer la argumentación estructurada de los puntos objeto de reparo. En primer término, no se comparte el análisis efectuado por este despacho judicial, en tanto a la figura que utiliza para fulminar condenas en contra de mi representada, estoy refiriéndome concretamente al instituto de la responsabilidad subsidiaria, hago un llamado para que el fallador de segunda instancia realice el estudio pormenorizado de las pruebas allegadas al plenario, desde el preciso instante de la contestación de la demanda, específicamente me refiero a documentos tales como el estudio de viabilidad de la compañía de inversiones de la flota mercante, en donde se da cuenta de cuales fueron las verdaderas causales y el detonante de la situación concursal a la cual infortunadamente se vio avocada esta compañía, en dicho documento, se hace un estudio minucioso y se da respuesta a una serie de interrogantes en cuanto a la situación económica y financiera de esta compañía a lo largo de su historia y concretamente desde finales de la década de los 80 e inicios de la década de los 90, dando una situación, un balance pormenorizado respecto de cada una de las causales que llevaron a esta situación de la extinta compañía, valga la pena mencionar que ese estudio tiene un enfoque importantísimo y es el de analizar la situación de cara al momento en que cada uno de los sucesos aconteció o se desató, ya que es muy fácil realizar un análisis posterior, es muy fácil analizar cuando las cosas ya han sucedido, y precisamente esa es una de las virtudes del mencionado documento que da cuenta entre otras que las medidas adoptadas en cada uno de esos momentos históricos, eran las necesarias para lo que se encontraba aconteciendo en ese preciso instante, de igual manera, al endilgarle responsabilidad subsidiaria a mi representada, se hace una ligera mención de su superioridad accionaria, valga la pena mencionar que todas las decisiones adoptadas dentro del marco de la extinta compañía, fueron adoptadas con el beneplácito y con la venia de todos los accionistas, no solo del accionista mayoritario, adicionalmente para pasar al segundo punto de inconformidad debo manifestar que el fondo nacional del café tiene un órgano superior propio, no es la federación la que toma decisiones sino que al interior del fondo nacional del café, existe un órgano distinto al de la federación nacional de cafeteros que es administradora del fondo, pero existe el comité nacional de cafeteros que es el órgano que toma las decisiones e invito a que se estudie la composición de dicho órgano dentro del cual indudablemente cumple una función especialísima a la nación a través de sus diferentes representantes. De igual manera, que se tenga en cuenta el contrato de administración suscrito entre mi representada y la nación que fija puntualmente cual es la destinación de los recursos del tantas veces mencionado fondo nacional del café, dentro del cual, en ningún momento se advierte que esté establecido que dichos recursos puedan ser destinados a asumir pasivos pensionales o laborales como ocurrió en virtud de la sentencia previamente emitida. Pasando a otros aspectos, yo comparto lo mencionado por el despacho desde el año 2014 al interior de la corte suprema de justicia existe una posición, lo que no comparto es la aplicación de la misma, entonces por eso el fallador de segunda instancia a título de cuestionamiento, lo invito a que analice las cuestiones de la entidad fáctica para la aplicación de esa

solución jurisprudencial, de igual manera que se establezcan unos contornos y unos límites para la utilización de la misma, máxime cuando al interior de dicha corporación, como se mencionó en diferentes sentencias, como ha quedado consignada en la sentencia con radicación 68421, existen posturas que plantean reparos a esta posición anunciada como pacífica, en donde se plantea que el paso de la responsabilidad individual de los empleadores al paso de la responsabilidad social bajo ninguna circunstancia puede implicar gravarlos más allá de las obligaciones que se encontraban en cabeza de estos, me refiero a las obligaciones establecidas para esa época, a título pensional, en el Código sustantivo del trabajo y demás legislación concordante. Valga la pena aplicar que tal postulado aplica perfectamente al caso que nos ocupa, en tanto resulta claro que para los extremos reclamados bajo la figura del calculo actuarial, no hubo llamado a inscripción y por lo tanto, no hubo ninguna omisión del empleador que conlleve algún grado de responsabilidad pensional, máxime cuando tampoco se generó ninguna expectativa de derecho eventual, a cargo de la extinta compañía de inversiones de la flota mercante en los términos del Código sustantivo del trabajo. Y los reparos también se plantean en cuanto al vehículo financiero utilizado, la figura del calculo actuarial, si nos vamos al campo de aplicación de dicho instrumento, debemos remitirnos al decreto 1887 de 1994, en el cual, al referirse a este campo de aplicación, se establece que el mismo aplica cuando se deba trasladar al instituto de seguros sociales por parte de las empresas o empleadores del sector privado que con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones en relación con sus trabajadores que seleccionen, óigase bien, el régimen de prima media con prestación definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993, condiciones que bajo ninguna circunstancia se acompasan con el caso del señor Quintero, no se puede olvidar que a la fecha el señor se encuentra afiliado a una administradora que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad, si esos cuestionamientos no resultan suficientes para eximir de cualquier responsabilidad a mi representada, les solicito a título de apelación, al fallador de segundo grado, que module la sentencia previamente proferida, así como se invocan principios de orden superior para no soslayar el eventual derecho pensional del trabajador, no se puede imponer cargas desproporcionadas a los ex empleadores y máxime a mi representada que no es un responsable principal, sino que eventualmente es un responsable subsidiario, en ese orden de ideas, también hago un llamado a que se haga un análisis de los momentos históricos y de principios constitucionales y de factores auxiliares de interpretación como la equidad. En ese orden de ideas, a que se consideren sentencias alternativas, condenas alternativas como las que pululan en la jurisdicción constitucional, en donde si bien se conmina a los ex empleadores a hacerse cargo del mencionado calculo actuarial, del título pensional, como se le quiera llamar, se les ofrecen alternativas como que se tenga en cuenta para la emisión del mismo, el salario mínimo de la época de prestación de las labores y que solo se tengan en cuenta los tiempos necesarios para que el eventual beneficiario acceda a una asignación pensional. De igual manera, hago un llamado, no sin antes solicitar un tanto de respeto por las manifestaciones del apoderado de la parte demandante, quien está realizando gestos irónicos que en determinado momento turban mi intervención, hago un llamado a que se tenga en cuenta el deber financiero, contributivo y de financiación del trabajador, en ese orden de ideas, solicito se autorice al momento de la condena del eventual calculo actuarial, a que se descuenta la proporción correspondiente al trabajador, ya que

indudablemente este extremo de la relación laboral también le corresponde un porcentaje en cuanto a las contribuciones. De igual manera, aunque su señoría hizo muy bien en tener en cuenta los salarios devengados por cada uno de los periodos y en hacer un llamado a que se respeten los toques de salario máximo asegurable, yo planteo reparos en cuanto a que se estudie pormenorizadamente cuales son los verdaderos factores que deben ser considerados salarios para efectos del referido calculo, muchos de ellos aparecen en convenciones colectivas, en laudos arbitrales, se invocan como tales, pero en los mismos no se menciona, no se pacta, no se advierte puntualmente dicha connotación. Básicamente esos son los argumentos que sirven de sustento para el planteamiento del correspondiente recurso de alzada, agradezco al despacho por la oportunidad concedida, por la atención prestada, muchas gracias, su señoría.

RECURSO DE APELACION ASESORES EN DERECHO

Gracias su señoría. Me permito presentar recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, para que se revoque dicha sentencia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas. Primero que todo, téngase en cuenta honorables magistrados, que mediante la sentencia proferida por la honorable sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, con radicado 362280 del 7 de septiembre de 2010, emitida por el magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego, el indica que el despliegue de las actividades realizadas por la extinta compañía de la flota mercante, fue justificado por la reglamentación vigente durante la duración del periodo laboral, siendo entonces una carga excesiva imponer el reconocimiento y un pago de un cálculo actuarial. Ahora bien, honorables magistrados, en caso de que se llegase a comprobar que existe una relación laboral entre el actor y la compañía de inversiones de la flota mercante y que se debe realizar un cálculo actuarial, téngase en cuenta que dichos valores también deben ser descontados del trabajador, puesto que el empleador y el trabajador deben contribuir con la generación de prestaciones económicas solicitadas, esto en principio de sostenibilidad financiera y universalidad, pues no se puede pretender que la extinta de la flota mercante sea responsable del pago completo de las cotizaciones y mas gravoso aun es la situación cuando para aquella época no existía obligación alguna a realizar dichos aportes a los trabajadores de mar. En consecuencia, no se le puede imputar esta carga tan gravosa a la extinta compañía de la flota mercante, en el total del 100% de la obligación. También téngase en cuenta, honorables magistrados, que a la hora de realizar el cálculo actuarial, deben de determinarse los extremos laborales de la relación laboral entre el demandante y la extinta compañía de la flota mercante, pues se deberán descontar 35 días por concepto de suspensiones y licencias otorgadas al ex trabajador, acreditados en la liquidación final, dado que durante este tiempo no cumplió con la carga de labor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 51 y 53 del Código sustantivo del trabajo, además solicito se absuelva a mi representada de las costas impuestas, pues como quiera que no existió mala fe o una negativa caprichosa por parte de mi representada, máximo cuando la misma ha venido dando cumplimiento a lo solicitado por el actor, ejemplo de ello es que ya ha emitido resoluciones cumpliendo la sentencia de tutela, también téngase en cuenta que mi representada no es el empleador

directamente que emitió dicha afiliación, por lo tanto se evidencia que mi representada ha venido actuando de buena fe. Es así que solicito el honorable tribunal que se revoque dicha sentencia y se absuelva a mi representada. Muchas gracias.

RECURSO DE APELACION DE FIDUPREVISORA

En este estado de la audiencia me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, para lo cual, solicito de manera respetuosa a los honorables magistrados del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, se sirvan tener en cuenta los siguientes argumentos. En primer lugar, a seguir aclarando que fiduciaria la previsora, como vocera y administradora del patrimonio autónomo panflota, no asumió la posición y es el subrogatario, cesionario o sucesor procesal de la extinta compañía de inversiones de la flota mercante, razón por la cual esta solo administra los recursos transferidos por la federación nacional de cafeteros. Que el vínculo entre fiduciaria la previsora y la compañía flota mercante en liquidaciones, única y exclusivamente contractual y las obligaciones de la fiduciaria emanan del contrato de fiducia mercantil 3-10138 y por lo tanto su capacidad se encuentra enmarcada en el contenido del contrato de fiducia. Que de la lectura del contrato de fiducia mercantil, no se advierte clausula alguna mediante la cual se haya estipulado obligación a cargo del patrimonio autónomo de ser sucesor procesal de los litigios o derechos litigiosos en los que se haya involucrada la extinta flota mercante, el patrimonio autónomo panflota no es un fideicomiso receptor de derechos litigiosos de la extinta flota mercante, solamente un medio de pago instrumental para el cumplimiento de las obligaciones legales a cargo de la federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional de café, y así lo ha señalado el auto expedido por la superintendencia de sociedades no 400017782 en el entendido de indicar lo siguiente: “en este orden de ideas debe entenderse que el auto proferido por la superintendencia de sociedades protege integralmente a los pensionados, futuros pensionados y sustitutos pensionales en cumplimiento estricto de la sentencia su 1023 de 2001, es decir, el obligado es y seguirá siendo la federación nacional de cafeteros, como administradora del fondo nacional del café, a quien en ningún momento se le está exonerando de las obligaciones impuestas por la honorable corte constitucional, para lo cual se utilizará el instrumento que es el patrimonio autónomo constituido en fiduprevisora quien será el encargado de ejecutar materialmente las obligaciones a cargo de la citada federación, advirtiéndose igualmente que las obligaciones dinerarias están a cargo de la federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional del café y en ningún momento se trasladaran a la fiduciaria la previsora, que como se indicó es el instrumento para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la accionada” así las cosas, la responsabilidad del pago de las obligaciones dinerarias de los pasivos pensionales y por ende laborales que dejó insoluta la extinta flota mercante, están a cargo de la sociedad matriz y controlante, esto es, la federación nacional de cafeteros, como administradora del fondo nacional del café, por así disponerlo el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995. Al respecto también es importante señalar a los honorables magistrados que el tribunal superior de Bogotá, ha venido profiriendo sentencias absolutorias en las cuales se discute el problema jurídico aquí

planteado, que quien es el responsable del pago del cálculo actuarial, a esta pregunta ya en varias sentencias se ha dado respuesta al confirmar la tesis según la cual el responsable directo de las obligaciones dinerarias de los pasivos insolutos de su subordinada, es decir, la extinta flota mercante es la federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional del café. Entre las providencias mas destacadas, podemos mencionar las siguientes: en sentencia de fecha 16 de mayo de 2019, dentro del expediente con radicación 201700094, se confirmo el fallo de primer grado de fecha 6 de septiembre de 2018, en donde se condenó a la federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional del café, a responder directamente por el valor del cálculo actuarial a satisfacción de Colpensiones, absolviendo al patrimonio autónomo panflota y a la sociedad asesores en derecho s.a.s. de todas y cada una de las pretensiones. Como segundo antecedente podemos tener en cuenta la sentencia de fecha 7 de mayo de 2019, dentro del expediente 2017000168, demandante Emely Álvarez Almeida contra las mismas encausadas, el tribunal modifico la sentencia del ad quo, condenando directamente a la federación nacional de cafeteros en la calidad de administradora del fondo nacional del café, al pago de los dineros que arroja el cálculo actuarial, absolviendo al fideicomiso panflota y a la empresa asesores en derecho s.a.s de las pretensiones incoadas. De la misma forma, por sentencia del 6 de mayo de 2019, dentro del proceso con radicación 201600610, demandante José Eli Murillo Martínez, en donde también se abordó el problema jurídico del cálculo actuarial, se condenó directamente a la federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional del café al pago del cálculo actuarial, en el siguiente razonamiento: “luego, es al fondo nacional de cafeteros y no a ninguna otra entidad, a quien le corresponde realizar el pago del correspondiente calculo, tal y como se determinó en primera instancia y a Colpensiones su cobro coactivo. Absolviendo al fideicomiso panflota y a la empresa asesores en derecho s,a,s de las pretensiones incoadas. Todas estas decisiones han sido proferidas en el presente año, por lo cual, en aras al respeto del derecho a la igualdad en la definición de litigios de contornos similares, se solicita a los honorables magistrados de manera respetuosa, se sirvan aplicar esta misma solución jurídica. Finalmente, hay que tener en cuenta que dentro de los argumentos esgrimidos por el tribunal para absolver a fiduciaria la previsor, se tiene que lo señalado en la sentencia su 1023 de 2011, así como los autos proferidos por la superintendencia de sociedades de fechas 28 de agosto y 22 de noviembre de 2012, en lo que se declaró, terminado el proceso liquidatorio de la flota mercante, y donde se declaró extinguida la persona jurídica, antecedentes legales que le permitieron a esta corporación judicial, determinar y aseverar que es el fondo nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional del café y no a ninguna otra entidad, quien le corresponde realizar el pago del correspondiente calculo. Por lo anterior, solicito a los honorables magistrados se sirva revocar la sentencia proferida por el juez de primera instancia y en consecuencia se sirva absolver a mi representada de todas y cada una a esta impuesta. En estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

CONSIDERACIONES

En consonancia con los recursos de apelación formulados por las partes, y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio de los mismos, comenzando con el que formuló la parte actora, en lo relacionado con el cálculo actuarial, posteriormente se evacuarán los recursos de las demandadas, los cuales, son relativos a este tema y finalmente lo relacionado con el traslado de régimen y reconocimiento pensional.

En el presente proceso y del resumen que antecede, se tiene que no fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: (i) la prestación de servicios de FRANCISCO JOSE QUINTERO PINTO en favor de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE bajo contrato de trabajo, entre el 23 de julio de 1979 y el 8 de enero de 1992 (ver hoja de admisión a folio 430, contrato de trabajo a folios 431 – 435, acta de conciliación a folios 436 – 437, certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. a folio 438 del cuaderno No. 1; (ii) que el trabajador fue afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, solo a partir del 3 de septiembre de 1990, esto es, no se efectuaron cotizaciones para el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1979 al 3 de septiembre de 1990, (ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES obrante a folios 509 del cuaderno No 1).

Del Cálculo actuarial y del salario.

Al respecto, se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1º, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora en tratándose de del personal que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, mediante Resolución 03296 del 2 de agosto de 1990, se fijó el 15 de agosto de 1990 como fecha de inscripción de dichos

trabajadores para los riesgos de IVM en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 15 de agosto de 1990 en virtud de la aludida resolución, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador, no obstante, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los patronos de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».”

De manera tal, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas y agencias de transporte marítimo fue obligatoria desde el 15 de agosto de

1990, contrario a lo señalado por los recurrentes, tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello, garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas se tiene que el demandante laboró al servicio de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. desde el 23 de julio de 1979 y hasta el 8 de enero de 1992, de los cuales, como ya se indicó, la demandada solo lo afilió a partir del 3 de septiembre de 1990, por lo que procede el pago del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1979 y el 2 de septiembre de 1990.

Ahora, en este aspecto es de advertir que tal y como lo señala la demandada ASESORES EN DERECHO, en su recurso de apelación, a este se le deben descontar los 35 días de suspensión, los cuales se corroboran con la documental allegada por la parte actora a folios 494 del plenario, correspondiente al certificado de información laboral expedido por FIDUAGRARIAS.A.

Así las cosas, el periodo este en el que la empresa no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo, es claro que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, de ahí que se deba, como lo indicó el operador de primer grado, transferir a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES a la que se encuentre afiliado el actor, (la cual, se establecerá más adelante, ya que también se solicita traslado de régimen pensional), el valor del cálculo actuarial que este indique por el periodo en comentario.

Y respecto de los salarios a tener en cuenta para la liquidación del cálculo actuarial conforme lo expone la parte actora en su apelación, se debe contar con los salarios devengados por el trabajador mes a mes, pues si bien la Juez de primera instancia tomó los salarios obrantes en la hoja de vida del actor e hizo la conversión a pesos colombianos teniendo en cuenta la tasa representativa del mercado vigente para cada mes, en los términos señalados por éste en su decisión, en dicha hoja de vida no se encuentra

certificación de los salarios devengados mes a mes sino de la asignación mensual que se reportó en los avisos de *traslado o promoción*, sin que den claridad sobre los factores que constituían salario para el demandante.

Dicha información debe ser suministrada por la FIDUPREVISORA SA a la administradora de pensiones del demandante, pues la custodia de la documentación se encuentra a su cargo de conformidad con lo establecido en el otrosí N° 1 del contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0138, tal y como ya lo ha dicho esta Sala en sentencia dentro del proceso ordinario laboral No. 08 2014 00765 -01, de fecha 30 de julio de 2020, con ponencia del Dr. Manuel Eduardo Serrano Baquero.

Cabe advertir que, según lo dispone el artículo 135 del CST, que *“cuando el salario se estipula en divisas o monedas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago”*, norma que deberá tener en cuenta la administradora de pensiones para liquidar el cálculo actuarial y determinar los salarios que se certifiquen en moneda extranjera. Durante los tiempos que no exista certificación del salario devengado deberá tomar el valor del SMLMV y ningún salario podrá exceder el tope establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

De la proporción en el pago de los aportes

En lo que se refiere al descuento del porcentaje que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse que, tal y como lo señalan las entidades demandadas en sus recursos, el mismo se ordenará, que dicho cálculo actuarial sea sufragado en la parte que le corresponde únicamente al empleador, pues desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 el trabajador ha tenido a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de IVM, situación que resulta particularmente clara en casos como el que se estudia, en el cual la falta de afiliación del trabajador no obedeció a una omisión del empleador frente a sus obligaciones laborales, sino a la ausencia de una norma que dispusiera *expresamente* para el personal del mar que laboraba para empresas y agencias de transporte marítimo la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS para el cubrimiento de los riesgos de IVM o de hacer las

reservas pertinentes (la obligación surgió a partir del 15 de agosto de 1990, de conformidad con la Resolución 3296 de 1990 del 2 de agosto de 1990).

De la Responsabilidad en el pago del cálculo actuarial

Al respecto, en lo atinente a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA, en virtud del contrato de mandato suscrito con FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del referido patrimonio, le corresponde atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la FLOTA MERCANTE, por lo que con base en ello y en lo dispuesto por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en auto del 7 de mayo de 2013, debe expedir el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A., que con los recursos de PANFLOTA pague el cálculo actuarial en comento.

Ahora, en cuanto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se tiene que en auto del 28 de agosto de 2012 la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la FLOTA MERCANTE y declaró extinguida la personería jurídica de esta.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012, dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ en el artículo quinto, indicó:

“ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR** a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guarda sustento con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001 en la que señaló:

“En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, (...) que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

De suerte que, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al ser la matriz o controlante de la FLOTA MERCANTE, se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le ordene poner a disposición del PAR los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2958 de 2019.

Conforme a ello, corresponde a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, pagar con los recursos de dicho patrimonio, el cálculo actuarial y en caso de que no los posea, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento.

De otro lado, en lo que se refiere a condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no se accederá a ello, pues no se demostró que la FEDERACIÓN este en imposibilidad de pagar dado el caso, el cálculo objeto de condena, tan así que la misma no hizo alusión alguna al respecto, a más, que no debe olvidarse que esta finge como administradora de FONDO NACIONAL DEL CAFÉ según contrato firmado con el gobierno nacional, luego es claro que los recursos para cubrir este

tipo de contingencias provienen del fondo y no de la Federación, aquellos como se indicó, provenientes de la Nación, por lo que se .

En este aspecto es importante, recalcar en la necesidad de adicionar la sentencia proferida por el *a quo*, ya que, si bien señaló que la demandada ASESORES EN DERECHO, debe expedir el acto administrativo correspondiente, no es menos cierto que omitió indicar que, según el párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, le corresponde al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el actor, elaborar el respectivo cálculo actuarial, por lo que, se ADICIONARÁ la sentencia, en tal sentido.

Del Traslado de Régimen

En relación con este aspecto se tiene que el demandante pretende el traslado de Protección a Colpensiones, argumentando para ello, que reúne los requisitos señalados en la sentencia SU 062 de 2010, pretensión que le fue negada, ya que el Juez de Primer Grado, consideró, que no cumplía con el requisito de densidad de semanas cotizadas.

Ahora bien, la parte actora en su recurso, señala puntualmente que *“protección indica que en Colpensiones tiene 619.57 semanas, si a esas 600 les sumamos 644.85, tenemos que el señor tiene 1200 semanas al 1 de abril de 1994, con lo cual cumple con los establecidos”,*

Previo a abordar el tema del traslado, es menester señalar que dentro del expediente no se encontró manifestación alguna, por parte de la demandada Protección en la que señale que el actor, contaba con 619, 57 semanas en Colpensiones, y si en gracia de discusión, la misma se encontrara, esta no sería suficiente, para tener como probado dicho número de semanas.

Así las cosas, frente al traslado de régimen, este ha sido un tema ampliamente debatido por la jurisprudencia de la Máxima Corporación Constitucional y el primero de ellos está consignado en la sentencia C 789 de 2002 a raíz de una demanda de inconstitucionalidad formulada contra los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se ocupa de regular las circunstancias de exclusión del régimen de transición, en donde

puntualizó la Corte que, únicamente quienes cumplan con el requisito de tiempo de servicio, no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse de régimen pensional.

Con posterioridad a la Sentencia C-789 de 2002, el Congreso de la República expidió la Ley 797 de 2003 y el artículo 2° del citado ordenamiento modificó el literal e) del artículo 13 de Ley 100 de 1993. En su versión original, establecía que los afiliados al Sistema General de Pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años contados a partir de la selección inicial. Precisamente, en procura de un mayor nivel de estabilidad y sostenibilidad del sistema, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se extendió el término de traslado de tres a cinco años y, adicionalmente, se fijó un límite para el ejercicio de tal prerrogativa, en el sentido de que no podrán trasladarse de régimen quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

El artículo 2° de la Ley 797 de 2003, fue sometido al juicio de constitucionalidad y resuelto mediante la Sentencia C-1024 de 2004 de donde se desprende que todos los usuarios del Sistema General de Pensiones incluidos aquellos pertenecientes al régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen.

Luego, la sentencia de unificación SU 062 de 2010 retomó el tema referente a la posibilidad de retornar en “cualquier tiempo” al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la Ley

100/93, destacando que tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente, sino para una categoría de ellos, es decir, para quienes a 1° de abril de 1994 contaban con 15 años o más de servicios cotizados. En relación con este aspecto, el fallo afirmó¹:

“algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”.

En ese orden de ideas, según la Sentencia SU-062 de 2010, sólo quienes tienen 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición.

Descendiendo al presente caso, esta Colegiatura encuentra que es válido contabilizar para este efecto, el tiempo de servicios en que el actor laboró para la flota mercante y en el que se omitió cotización, así las cosas se encuentra del reporte de semanas que fue allegado por la demandada COLPENSIONES y que obra en el expediente administrativo, que al 1 de abril de 1994, el actor, contaba con 182,14 semanas, y sumado a este los tiempos desde el 23 de julio de 1970 al 3 de septiembre de 1990, se encuentra que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con **758,14 semanas**, esto es, 14 años, 7 meses y 10 días.

¹ Sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013

En relación con este aspecto, y si bien es cierto en providencias anteriores la Magistrada Ponente, daba aplicación a lo señalado por la H. Corte Constitucional, en el sentido de considerar que 750 semanas, equivalían a 15 años de servicios, realizado un nuevo estudio, y en aplicación a las múltiples sentencias proferidas por la H. Corte Suprema de Justicia, la cual es el órgano de cierre de esta jurisdicción, encuentra que le asiste razón al Juez de Primer Grado, ya que la sentencia de unificación que invoca el actor, exige como requisito, 15 años de servicios, los cuales equivalen a 772 semanas, y como quiera que el actor únicamente cotizó 758,14, es por lo que no alcanzó a cumplir con la densidad de tiempo de servicios que exige la norma y se confirmará la decisión adoptada por el Juez de primer grado. Con la presente decisión, la Magistrada Ponente, modifica su criterio y recoge cualquier decisión en contrario.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en cuanto a la aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se tiene que de acuerdo con la documental visible a folio 489, el actor se encuentra afiliado a protección desde el 1 de julio de 2008, lo que conlleva a la pérdida del régimen de transición y la inaplicabilidad del acuerdo 049 de 1990 y la ley 71 de 1988, en los términos señalados por el Juez de Primer grado, por lo que se habrá de confirmar esta decisión.

De la condena en costas de primera instancia

En lo que se refiere a la condena en costas impuesta a las demandadas, debe tenerse en cuenta que, al ser vencidas en el proceso, deben ser condenadas en costas, como lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por lo que también se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá proferida el día 8 de julio de 2019, en el sentido de **ordenar a la AFP PROTECCIÓN**, administradora a la que se encuentra afiliado el actor, para que elabore el correspondiente cálculo actuarial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en cuanto definió que el cálculo actuarial se debe efectuar conforme los salarios determinados en dicha sentencia, para **ORDENAR** a la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, que remita a la administradora de pensiones de FRANCISCO JOSDE QUINTERO PINTO, la información donde consten las interrupciones durante la vinculación del actor a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, certificando para el efecto las licencias sin remuneración y las sanciones de suspensión que se presentaron, así como los salarios devengados por el demandante mes a mes y los factores que lo constituían.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Salvo voto



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39-2017-023-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EDUARDO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de COLPENSIONES, a la Dra. Amanda Lucía Zamudio Vela identificada con c.c. 51.713.048 y T.P. 67612 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos conferidos en el poder que reposa a folio 1939.

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de FIDUPREVISORA S.A., a la Dra. Luz Marina Qubaque Carbajal identificada con c.c. 1.026.254.144 y T.P. 318.455 del C.S. de la J.

Se **RECONOCE PERSONERIA** para actuar en nombre y representación de ASESORES EN DERECHO SAS a la Dra. María Claudia Tobito Montero identificada con c.c. 1.020.786.735 y T.P. 300.432 del C.S. de la J.

En Bogotá a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de junio de 2019.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las partes.

ANTECEDENTES

El señor EDUARDO RODRIGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se CONDENE a la demandada Asesores en Derecho a expedir la resolución de bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde al actor por el tiempo laborado en la Flota Mercante. Se condene a FIDUPREVISORA a pagar a Colpensiones el respectivo cálculo actuarial. Se condene al Ministerio de Hacienda a pagar a Colpensiones el título pensional del actor por haber laborado en el Ministerio de Defensa Nacional. Se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado por el demandante dentro de los 10 años anteriores, junto con los incrementos anuales, intereses moratorios y perjuicios morales y materiales.

En subsidio solicitó se condene al reconocimiento de la pensión bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988 y se declare la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café. (fl.3-615)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- El demandante cuenta en la actualidad con 64 años de edad, es casado con la señora Ángela Yasmín Riaño.
- Prestó servicio militar obligatorio en la Armada Nacional del 24 de febrero de 1971 al 28 de febrero de 1973 y laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A. mediante contrato a término indefinido del 8 de mayo de 1979 al 28 de junio de 1990, tiempo en el cual no se efectuaron aportes a pensión.
- El actor efectuó conciliación, pero en la misma nada se estipuló respecto del tiempo laborado no cotizado.



-Es beneficiario de la convención suscrita entre la Flota Mercante y el Sindicato Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial UNIMAR.

-De acuerdo a la convención colectiva vigente del 2 de marzo de 1988 al 1 de marzo de 1991, el actor devengó un salario promedio mensual en el último año de US1154.74 aproximadamente, salario que en pesos colombianos para 28 de junio de 1990 ascendió a %593.201.48.

-A 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años y tenía cotizadas más de 1045.71 semanas. (fl.4-616)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **ASESORES EN DERECHO SAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó algunos y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica. (fl.1879)

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos indicó que no le constaban; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fl.742)

Al contestar la demanda **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó algunos y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva. (fl.753)

Al contestar la demanda **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó algunos y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación (fl.657)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRÍGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

Al contestar la demanda **LA NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los aceptó algunos y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó indebida vinculación del Ministerio, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación (fl.721)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

Declarar que entre el señor Eduardo Rodríguez y la compañía de inversiones de la flota mercante existió un contrato de trabajo entre el 8 de mayo de 1979 al 28 de junio de 1990; Condenar a la administradora colombiana Colpensiones a la que se encuentra afiliado el actor a realizar el respectivo calculo actuarial por concepto de aportes para pensión del demandante, por el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 1979 y el 28 de junio de 1990, del cual se deberá descontar 16 días, tal como se explicó en la parte considerativa, teniendo como salario devengado para el año 1990 la suma de \$523.281.88, una vez elaborado, deberá darle traslado a las demandadas asesoras en derecho en su calidad de mandataria con representación de Panflota y a la fiduciaria la previsorora en su condición de administradora del patrimonio autónomo Panflota; Ordenar a la demandada asesores en derecho en su calidad de mandataria con representación de Panflota, emitir la respectiva resolución a través de la cual se ordene transferir a Colpensiones el valor correspondiente al cálculo actuarial a favor del señor Eduardo Rodríguez; Condenar a la demandada fiduciaria la previsorora en su condición de administradora del patrimonio autónomo Panflota a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión para el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 1979 y el 28 de junio de 1990, del cual se deberá descontar los 16 días, como ya se había manifestado, a satisfacción de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y conforme al calculo que esta entidad realice para efectos de convalidar los tiempos de aporte en los que no se efectuaron cotizaciones, considerando como salario devengado para 1990, la suma de \$523.281.88, e incluyendo las consecuencias por la mora a favor de la administradora de pensiones;

Declarar que la demandada federación nacional de cafeteros es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial por aportes a pensión a favor del actor, aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta compañía de inversiones de la flota mercante gran colombiana y en consecuencia condenar a esta demandada a reconocer y pagar el cálculo actuarial por los aportes pensionales por el tiempo comprendido entre el 8 de mayo de 1990 y el 28 de junio de 1990, conforme ya las explicaciones que se han dado a favor del señor Eduardo Rodríguez, siempre que la fiduciaria la previsorora en su condición de administradora del patrimonio autónomo Panflota, no cuente con los recursos económicos para asumir tales obligaciones, las cuales serán cubiertas entonces con los recursos del fondo nacional del café;



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

Declarar que el señor Eduardo Rodríguez tiene derecho a la pensión de vejez bajo los presupuestos del artículo 049 de 1990, por considerar que es beneficiario del régimen de transición, debiendo Colpensiones liquidarlo bajo una tasa de reemplazo del 78% promediando el ibl de los 10 últimos años y con 13 mesadas pensionales;

Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas;

Absolver a la demandada la nación, ministerio de hacienda y crédito público, bajo las consideraciones expuestas en esta providencia (fl.1929)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando, en síntesis:

Para el despacho no existe discusión, pues así fue demostrado, conforme las pruebas arimadas, tal como obra en la hoja de vida vista a folio 1865 que entre el señor Eduardo Rodríguez y la flota mercante gran colombiana s.a. existió un contrato de trabajo, el cual tuvo como extremo inicial el 8 de mayo de 1979 al 28 de junio de 1990, desempeñando el demandante el cargo de timonel, esto también se verifica con la liquidación del contrato de trabajo o liquidación por retiro que se observa a folio 315 a 316 del cd que obra a folio 1865 y la certificación expedida por la gerencia de recursos humanos de la flota mercante gran colombiana s.a. Sobre el título pensional: conviene entonces señalar que la ley 90 de 1946 estableció el sistema de seguros sociales obligatorios con el objetivo de sufragar a los empleadores en la asunción de los riesgos derivados de la relación laboral, sin embargo dicho relevo fue paulatino y su efectividad estuvo condicionada a una transición que establecía cuales prestaciones continuarían bajo la responsabilidad de los empleadores y cuales otros serían asumidos por el instituto de seguros sociales bajo el presupuesto del llamado a inscripción, la afiliación del trabajador y el pago de los aportes correspondientes. A su turno, el decreto 1650 de 1977 en su artículo 6 incluyó como afiliados forzosos del régimen de seguridad social a todos los trabajadores nacionales extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o aprendizaje. Entonces, bajo ese antecedente podría inferirse que el empleador no sería responsable de la financiación de una pensión por los tiempos que el empleador aún no había sido llamado a inscripción por la entidad aseguradora, como consecuencia de la ausencia de cobertura de la entidad subrogante en el territorio donde se produjo la prestación del servicio.

Entonces por lo tanto, no queda duda de que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del is, así no haya actuado en forma negligente, debe asumir las obligaciones pensionales por los periodos que le correspondan, mediante la constitución de un título pensional a satisfacción de la entidad de seguridad social a la que se encuentre unculado la persona para efectos de garantizarle la posibilidad de acceder a una pensión de vejez; en consecuencia, se condenará a pagar a favor del señor Eduardo Rodríguez, el pago del calculo actuarial que liquide previamente la entidad administradora de pensiones, en este caso, Colpensiones, con arreglo de las disposición del decreto 1887 de 1994, correspondiente a los servicios que presto el actor a la empleadora entre el 8 de mayo de 1979 y el 28 de junio de 1990, de los que se debe descontar 16 días en los que operó licencias y suspensiones de conformidad con el acta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

de liquidación del contrato, toda vez que conforme lo afirmó la abogada de asesores en derecho, de conformidad con los artículos 51 y 56, en concordancia con el artículo 53 de la misma obra, esos periodos cuando existe suspensión efectivamente por licencia o permisos temporales o incluso por suspensión disciplinaria, numeral 4 del artículo 51, deben ser descontados para liquidar, entre otros factores, la jubilación, de conformidad con el artículo 53, situación que está debidamente acreditada, teniendo en cuenta que la liquidación del contrato se establece que hubo 16 días de suspensión por licencias. Para la elaboración de dicho cálculo se debe tener en cuenta los extremos antes referidos y como salario el equivalente a 1041.58 dólares americanos que equivalen al promedio devengado en los últimos 12 meses de servicio prestados efectivamente, conforme el laudo arbitral del 16 de junio de 1977 del cual es beneficiario el demandante por ser miembro de la unión trabajadora de la industria de transporte marítimo y fluvial unimar, como se observa a folio 599 del plenario.

Así las cosas, el convertir dichas sumas de dólares a moneda nacional al tiempo de cambio vigente a la fecha en que se terminó el contrato, esto es, 28 de junio de 1990, 502.39 pesos, el último salario del actor corresponde a la suma de \$523.281.88. Salario que se obtiene del promedio de los rubros recibidos en el último año, conforme a la liquidación realizada por el empleador obrante a folio 315 y 316, y conforme a lo establecido en el decreto 1887 de 1994, y que contrario a lo manifestado por el apoderado de la federación de cafeteros si constituyen salario, pues los mismos aparecen dentro de esa liquidación como factores salariales y fueron reconocidos por el empleador al momento de la terminación del contrato. Estos rubros son los siguientes: por sueldo, 5300.1.30 dólares; por prima de antigüedad, 306.50 dólares; por alimentación y alojamiento 2534.53 dólares; por extras, 3205.79; por viáticos y/o suplementarios 143.10 y por prima de servicios 1007.80 dólares. Valores que sumados dan un total de 12.448.96, respecto de los cuales se obtiene su doceava parte así: por sueldo 441.77; por prima de antigüedad 25.54; por alimentación y alojamiento 211.21; por horas extras 267.14; por viáticos 11.9 y por prima de servicios 83.98, lo equivale a un salario de 1041.58 dólares americanos.

Ahora, se debe resaltar que el despacho tomó los valores anteriores de, como ya se dijo, la liquidación que obra en el expediente y que conforme el decreto 1884 se debe tener sobre el último salario devengado; y los factores salariales que consagren en el código sustantivo del trabajo. Ahora bien, respecto de la petición realizada por asesores en derecho y la federación nacional de cafeteros para que se ordene descontar de este cálculo actuarial el porcentaje al trabajador, se tiene que no resulta procedente teniendo en cuenta que el decreto 1887 de 1994 establece unas formulas específicas para determinar el valor del cálculo actuarial de modo que no entraría a jugar ningún papel que la obligación de cotizar sea bipartita, debido a que las variables que determinan el monto de la reserva son las que establece el mismo decreto, cuyo tenor no condiciona la estimación del cálculo en porcentajes de cotización que hubiere correspondido a una u otra parte, además que, el despacho siempre ha aceptado que es obligación total del empleador, por cuanto ya lo vimos, la jurisprudencia establece las normas que se deben aplicar y que se deben tener en cuenta como un empleador omiso a quien le corresponde pagar la totalidad del cálculo actuarial independientemente la causa,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

como tampoco puede accederse a lo ordenado por el cálculo con base en el salario mínimo o con algún tope máximo como lo señala el abogado de la federación, por cuanto, como se está tomando como base el decreto 1884 de 1994 esta norma no establece un tope máximo para aportes a seguridad social o para adquirir a una pensión como si se hace en la actualidad. Quien debe realizar dichos aportes.

Siendo entonces claro que entre federación nacional de cafeteros como administradora del fondo nacional del café y la compañía de inversiones flota mercante, existió una relación de control y subordinación en los términos del artículo 222 de 1995. A su turno, el artículo 261, modificado por el artículo 27 de la ley 222 de 1995,

Es claro que sin importar la naturaleza jurídica de la federación nacional de cafeteros de Colombia, como administradora del fondo nacional de café, le son aplicables los precedentes mandatos comerciales, pues por expresa disposición del numeral 5 del artículo 20 del código de comercio, son mercantiles para todos los efectos legales “la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de la misma, o la negociación o título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones.” Por lo tanto, no existe duda la condición de socio de federación nacional de cafetero como administradora del fondo nacional del café, con participación superior al 50% del capital en la compañía de inversión de flota mercante, como tampoco de la relación de subordinación que tiene esta con respecto de aquella. Ahora bien, partiendo de la condición de subordinada de la compañía de inversión de flota mercante con respecto de la federación nacional de cafeteros, se debe entonces determinar la verdadera responsabilidad de la matriz en la situación de la liquidación de su filial, para ello, se acude a lo dispuesto en el parágrafo 148 de la ley 222 de 1995, así: 2”Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficiario de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá de forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.” Disposición legal que fundamenta la responsabilidad subsidiaria que aquí se indicó, presunción que conforme a las pruebas documentales allegadas no se logra desvirtuar por la accionada, todo ello también se encuentra soportado por la jurisprudencia que ha definido casos análogos siendo una de resaltar, o de las ultimas, la sl471 del 13 de febrero de 2019.

Responsabilidad subsidiaria de la nación. Respecto de nación, ministerio de hacienda y crédito público, de quien igualmente se reclama la responsabilidad subsidiaria, debe advertirse que la misma respecto de la compañía de inversiones flota mercante y la federación nacional de cafeteros fue analizada por el consejo de estado, sala de consulta y servicio civil, en providencia del 15 de febrero de 2001, concluyendo que, eventualmente podría ser responsable el estado frente a las obligaciones adquiridas por dichas sociedades, dado que la federación nacional de cafeteros administra el fondo nacional del café, el cual se nutre con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

recursos de carácter parafiscal, que por tanto, tienen la calidad de públicos con afección especial a favor del gremio cafetero, por esta razón el estado debe dar su respaldo cuando se trate del pago de obligaciones laborales, en atención a la responsabilidad subsidiaria del estado; empero aclara el consejo de estado, esa responsabilidad no es directa, ni principal, ni subsidiaria, y solo en los eventos en que la flota mercante o la federación nacional de cafeteros no cuente con los recursos necesarios para asumir las obligaciones pensionales como la que ordena. Es el estado en ultimas, como se indica en dicha providencia, quien asumirá tales compromisos laborales siempre que las otras entidades se vean en imposibilidad de hacerlo. Y si en este caso, se presume y demuestra la responsabilidad subsidiaria de la federación nacional de cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces compañía de inversión flota mercante, se colige que de esta manera se garantizan los derechos pensionales aquí controvertidos, sin que sea necesario entonces en este asunto endilgarle responsabilidad al estado, a través del ministerio de hacienda. Más cuando la misma corte constitucional en sentencia su 1023 del 2001, en la cual se ocupa de la garantía de los derechos fundamentales de los pensionados de la compañía de inversiones de la flota mercante, concluyó la improcedencia de aplicar la responsabilidad subsidiaria al estado en asuntos como el presente y ante la iliquidez de la entonces empleadora. Así las cosas, teniendo en cuenta que, en situación similar a la presente, la corte constitucional no ha considerado procedente dar aplicación a la responsabilidad subsidiaria del estado frente a la compañía de inversión de la flota mercante por razones que comparte el juzgado y en todo caso, no resulta necesario tal responsabilidad subsidiaria, dado que las obligaciones pensionales del actor se garantizan con la responsabilidad subsidiaria que ya se decretó frente a la federación nacional de cafeteros, por lo tanto se deberá absolver a la nación, ministerio de hacienda y crédito público de las pretensiones.

Responsabilidad de asesores en derecho. En virtud del contrato de mandato número 9264001 de 2014, suscrito entre fiduciaria la previsor s.a. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Panflota y asesores en derecho s.a.s., y de lo establecido en la cláusula segunda del numeral 1, la sociedad asesores en derecho le corresponde expedir actos administrativos relacionados con los trámites pensionales de los ex trabajadores de flota mercante, con cargo al patrimonio autónomo de Panflota, en ese sentido se ordena a esta entidad emitir la resolución a través de la cual se ordene transferir a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones el valor correspondiente al cálculo actuarial del demandante bajo los términos ya establecidos en el acápite pertinente.

Dilucidado lo anterior, le corresponde entonces resolver la pretensión sobre la pensión de vejez. El régimen de transición. Afirma el demandante tener derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, toda vez que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por ello la prestación se debe reconocer conforme a lo previsto en el acuerdo 049 de 1990, como pretensión principal. Conforme a la cédula de ciudadanía, se evidencia que para el 1 de abril de 1994 el señor Eduardo Rodríguez contaba con 41 años de edad, por lo que en principio resultaría beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

A continuación, para el despacho entonces a establecer que el demandante causó la pensión de vejez establecida en el decreto 758 de 1990, aprobado por el acuerdo 049 de 1990, entra entonces el despacho a establecer que la edad requerida para la causación de esta prestación son 60 años de edad, la cual se cumplió el 3 de febrero de 2013, si en cuenta se tiene que nació el 3 de marzo de 1953. Ahora, en relación con el tiempo o semanas de cotización se advierte lo siguiente: para el 31 de diciembre del 2014, momento hasta el cual es posible extender el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se encuentra que en la historia laboral allegada al proceso se registró un total de 492 semanas y las cotizaciones adeudadas por el empleador que aquí se ordenan a reconocer y pagar corresponden a 573 semanas, por lo tanto sumado el tiempo en el que el empleador no efectuó aportes a pensión y el tenido en cuenta las semanas de reporte de historia laboral por Colpensiones, se colige que se alcanza un total de 1065, cumpliendo las 1000 semanas requeridas en el mencionado acuerdo. Por lo que el señor Eduardo Rodríguez cumple con los dos requisitos para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión, conforme el acuerdo 049 de 1990, aplicado por régimen de transición.

Ahora bien, se aclara que para acceder a la pensión del acuerdo 049 de 1990, tan solo puede computarse las semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida, sin tener en cuenta las 105.14 semanas que corresponde al tiempo de servicio prestado a la armada nacional por lo que no se tendrá en cuenta para su liquidación. Teniendo en cuenta que el demandante cuenta con 1065 semanas y pertenece al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como atrás quedó ampliamente explicado y por ende a la aplicación del acuerdo 049, la tasa de reemplazo de conformidad con el artículo 20 de ese acuerdo, se tiene que es del 78%. Para establecer la fecha de causación y disfrute se debe acudir al contenido del artículo 13 del decreto 758 de 1990 que dispone que las mismas se reconocerán a solicitud de la parte interesada, una vez reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12 del mismo estatuto, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Igualmente señala que para la liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada. Conforme a esa normativa, se tiene que la última semana válida para el sistema pensional, fue para el mes de junio de 2000, conforme al reporte de semanas cotizadas y la edad se cumplió el 3 de febrero de 2013, por lo que el demandante causó el derecho pensional el 3 de febrero de 2013, pues para la fecha contaba con 1065 semanas. Ahora bien, al tener en consideración que al 1 de abril de 1994, el demandante le faltaban más de 10 años para pensionarse y no cuenta con más de 1200 semanas de cotización, Colpensiones al momento de liquidar la pensión deberá determinar el ibl con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, y tal como lo prevé el artículo 21 de la ley 100 de 1993. así mismo, y conforme lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005, dado que la pensión se causó en el año 2013, el demandante le corresponden 13 mesadas pensionales. Ahora, frente a los intereses moratorios, si bien al momento de la fijación del litigio el despacho atendiendo el requerimiento del demandante lo amplió a estudiar sobre los intereses moratorios, haciendo un nuevo estudio de las pretensiones principales y subsidiarias esbozadas por el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

demandante, se observa que allí no se hizo ninguna solicitud frente a los intereses moratorios, por tanto el despacho no lo estudiará.

Prescripción. Desde ya se señala que esta excepción se declara no probada en el entendido que el demandante solicitó la pensión el 31 de octubre de 2015, conforme lo indica la reclamación administrativa obrante a folio 610, sin que se tenga fecha de respuesta dada por la entidad, pero teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el 19 de enero de 2017.

APELACION

DEMANDANTE

Gracias su señoría, me permito interponer recurso parcial contra la sentencia que acaba de proferir su despacho, en primer lugar, para que se modifique el tema de las licencias, y ello en cumplimiento del artículo 53 y 51 y 52 del código sustantivo, pero indicando que bien lo explico la sentencia C 993 de 2000 y la C 1369 de 2000, en la cual la corte constitucional indicó que de esos tiempos donde la persona estuvo enferma, tuvo licencia, el empleador y más en huelga, debió sumarle esos tiempos porque el empleador si tenía la obligación de mantenerlo afiliado a la seguridad social, por lo tanto ese tiempo que le excluyeron debe ser tenido en cuenta. Ahora bien, en cuanto al tema de los intereses moratorios, pues no comparto y por ello apelo ese sentido los intereses moratorios, por cuanto la sentencia SU 065 de 2018 le ordeno a la corte constitucional que debe cambiar su jurisprudencia y otorgar los intereses moratorios porque ello en cumplimiento la C 601 del 2000 que indicó claramente que proceden los intereses moratorios, ahora bien, si no se da entonces a estudiarse la pretensión subsidiaria que es la pretensión que indicaba, que se debía entonces tener en cuenta el artículo 8 de la ley 10 de 1972, vigente y que en ella también corresponde pagar una indemnización por el no pago de las mesadas, o en su subsidiariamente las sumas debidamente indexadas, y ello porque ella indica o que no solamente la primera mesada tiene que indexarse de acuerdo a la su 069 de 2018, que es un derecho fundamental la indexación, sino que además la corte ha indicado en la su 065 que al no pagarse las mesadas pensionales, por culpa obviamente aquí que no se ejerció el control contra la flota mercante y no se le obligó a cumplir la ley porque además si estaba obligada de acuerdo a lo numerado en la demanda, es claro que eso no lo podía sufrir el pensionado so pena que lleva muchos años sin recibir su mesada pensional y por ello si le corresponde, como dice esa sentencia, la su 065 de 2018, que es la forma de resarcir todos los perjuicios y daños que le ocasionaron al trabajador, ahora bien, con respecto a y si bien avalo el estudio que hizo muy juicioso el despacho sobre el tema de la nación, no la comparto y es por una doble razón. La primera, anoche se aprobó la ley con el cual se crea el nuevo fondo nacional del café, eso sabiendo como actúa la federación durante todos estos años y como ha tratado de no pagar las obligaciones laborales y pensionales insolutas de la flota mercante gran colombiana, pues basta revisar que se le obligo a la conmutación pensional y no lo hizo, se le obligo a pagar el calculo actuarial por vía de tutela y tampoco lo hizo, en el desacato ha indicado que tampoco lo hace porque esta pendiente el fallo del juzgado, todo ello dilatando el cumplimiento de las sentencias judiciales, y esto con una sola razón, de no pagarlas. Por ello, considero que no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

se debe excluir de este proceso al ministerio de hacienda porque considera esta parte que después de todos estos años ellos lo único que han tratado es de diluir en el tiempo todas estas sentencias para no efectuar el pago y así lo está haciendo en las sentencias pensionales como es la sentencia 20152006931 del juzgado 15, que a pesar de llevar más de 3 años y medio ejecutoriada no la ha pagado. Entonces uno entiende que el ministerio si está pendiente y ya lo dijo precisamente el juzgado y lo confirmo el tribunal y está en sede de casación en el proceso del señor Dávila Bernal, que efectivamente debe estar el ministerio por si la federación o el fondo nacional desaparecen, debe ser la nación la que pague esta sentencia. Por eso, no se debe excluir. Y en cuanto a las costas difiero de las costas dado que aquí las demandadas han dilatado injustificadamente el proceso, algunas hasta que no se les nombró curador no atendieron el llamado y por lo tanto debe cumplirse lo que indicó el consejo de estado cuando estudio los acuerdos 1887 de 2003 y 2222 de 2003, en el cual indicó que debería haber un test de proporcionalidad y ello debido a la dilación que hicieron las partes, las demandadas en el proceso, y considero que algunas de las demandadas están aquí en un test de proporcionalidad, en la parte mas grave, por eso debe aplicársele el 10.1 hasta el 15% tal y como lo indico dicha sentencia que es la 201540502 del 21 de enero de 2018, proferida por el consejo de estado. Por ello, como las costas se me notificaron en este estado y a pesar de que el tribunal ha indicado que no es la oportunidad procesal para apelarlas, pero como fue notificada tambmaién las apelo en ese sentido para que se aplique ese test de proporcionalidad. En esa forma, dejo sustentado mi recurso de apelación, muy amable, gracias su señoría.

ASESORES EN DERECHO

Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, para que se revoque dicha sentencia, teniendo en cuenta que el periodo de vinculación laboral entre el demandante, es decir del 8 de mayo de 1979 hasta el 28 de junio de 1990, no se cumplió con el presupuesto factico para la procedencia de un calculo actuarial, pues la omisión de la afiliación por parte del empleador en razón a que la afiliación forzosa de los trabajadores de mar fue autorizada por resolución numero 3296 de 1990 y efectiva hasta el 15 de agosto de 1990. Ahora bien, en caso de que el tribunal acceda a realizar y a tener en cuenta dichos periodos, se debe indicar que en el imposible para la elaboración del calculo actuarial, se deben descontar los porcentajes que debió hacer el trabajador para las pensiones atendiendo a los principios rectores del sistema general de pensiones contemplado en el artículo 17 de la ley 100 de 1993, en el que señala que la obligación de cotizar está en cabeza de trabajadores y empleadores, y el reiterado artículo 13 del mismo estatuto en el cual se describe el carácter contributivo del sistema general de pensiones, la afiliación del trabajador implica la obligación de efectuar unos aportes, por tanto no se puede pretender que la compañía de inversiones de la flota mercante sea responsable del pago completo de las cotizaciones y más gravosa la situación cuando se remite una época en la que no existía la obligación de realizar tales aportes a favor de los trabajadores de mar, para unos periodos en los que no estaba vigente la ley 100 de 1993. **También solicito al**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

honorable tribunal, a los honorables magistrados, no se condene en costas a mi representada, teniendo en cuenta que no existe una mala fe o una negativa caprichosa por parte de esta mandataria con representación, como quiera que se enfrenta a una imposibilidad material de pago, máximo cuando la misma no es el empleador directamente quien omitió la afiliación, además mi representada con el contrato de mandato 9264001 de 2014, solo se limita exclusivamente a atender los tramites y solicitudes que presentan los ex trabajadores de la extinta compañía de inversiones de la flota mercante. Es así que solicito al honorable tribunal se revoque dicha sentencia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas. Gracias.

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS

Gracias doctora, no sin antes agradecer al despacho haber atendido la inusual petición realizada por este profesional del derecho, encontrándome dentro del término procesal oportuno procedo a manifestar mi inconformidad respecto de la decisión previamente emitida, en tanto, y concretamente en lo atinente a las condenas impuestas a mi representada federación nacional de cafeteros de Colombia como administradora del fondo nacional del café. Como no me queda de otra manera, la forma de materializar mi inconformidad es la interposición del correspondiente recurso de apelación para ante el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en su sala laboral, no sobra hacer la eso espefial aclaración de que mi argumentación y los supuestos en virtud de los cuales baso mis reparos, se plantean con todo el respeto del caso. Ahora bien, como supuestos que sustentan el recurso de alzada en primer término, me permito manifestar que mea aparto del estudio realizado por esta sede judicial en cuanto a la institución a la configuración de la institución de la responsabilidad subsidiaria, vehículo en virtud del cual se achaca responsabilidad a mi representada, desconoce esta sede judicial el ejercicio probatorio realizado por la federación nacional de cafeteros, fondo nacional del café, desde el preciso instante de la contestación de la demanda, suministrando una seria de probanzas que gozan de la contundencia suficiente para derruir la configuración de la mencionada figura en cabeza de mi representada. Valga la pena mencionar que al remitirme a el acervo probatorio, contamos con una serie de materiales, tales como, informes de gestión, balances, y concretamente un estudio de viabilidad en el cual se realiza una serie de pronunciamientos en cuanto a cuales fueron las verdaderas causales del infortunio al que se vio avocada la entidad liquidada, la compañía liquidada, la compañía de inversiones de la flota mercante gran colombiana, y por solo hacer alusión a alguna de estas causales, me permito citar 3 a lo sumo 4 de ellas, que para hacer especial énfasis en que las mismas resultan completamente exógenas al resorte de decisión de mi representada. Primero de ellos, se hace un especial estudio en cuanto al tratamiento similar al de una empresa estatal o semi oficial en cuanto a costos que se le daba a la extinta compañía, imponiéndole todo tipo de sobrecostos como si fuera una empresa por la cual se ocuparía responder el presupuesto público, lo cual se debe contrastar con el tratamiento de empresa privada que ostentaba frente a sus clientes y competidores, no resulta de mayor entidad, circunstancias que se deben mencionar aquí, como causales del infortunio al cual se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

vio avocada la extinta compañía, como la reducción progresiva de fletes marítimos, la eliminación de la reserva de carga y valga la pena mencionarse, la flota mercante gran colombiana no obtenía utilidades desde 1959, de su negocio marítimo, pero si de negocios no operativos como inversiones financieras, ingresos que a todas luces eran derivados de diferentes fuentes, como la venta de buques y hago referencia especialmente a esto para que se advierta que el estudio fue viabilidad tiene un enfoque que atiende las circunstancias históricas del momento en que se adoptara cada una de las decisiones determinadas, estableciendo que las mismas eran las necesarias en ese preciso momento histórico; es muy fácil realizar juicios ex post, ha cuando una vez sucedieron las cosas, es muy diferente el análisis que se le da a una circunstancia financiera y económica, vista desde el ángulo del momento en que aconteció tal situación. De igual manera a título de inconformidad me permito hacer un llamado a que el fallador de segunda instancia tenga conceptos como la naturaleza del fondo nacional del café, su composición en cuanto a órganos directivos, haciendo especial relevancia, haciendo especial hincapié en que no es la federación nacional de cafeteros de Colombia, el máximo órgano decisorio del fondo nacional del café, sino que existe el comité nacional de cafeteros con su composición 50% sector cafetero y 50% la nación. De igual manera que se realice una nueva consideración del concepto de parafiscalidad cafetera, que en virtud de una serie de acuerdos y de disposiciones constitucionales, legales y contractuales, pues proscribía que los recursos del mismo sean destinados con diferencia a los fines que están debidamente establecidos. Ahora bien, si estos argumentos no resultan suficientes para que se considere la revocatoria de la decisión previamente emitida, yo si realizo una serie de consideraciones destinadas para que la misma sea modulada, en primer término, que se tengan en cuenta los reparos que al interior de la corte suprema de justicia, de la misma corte suprema de justicia se han planteado respecto de la aplicación de la solución jurisprudencial de la doctrina probable de esta alta corporación en cuanto a la resolución de este tipo de casos, en primer término que se establezca un limite al paso de la responsabilidad individual del empleador a la responsabilidad social, mucho mas aun teniendo en cuenta los periodos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló el vínculo que ato al señor Rodríguez con la extinta compañía de inversiones de la flota mercante, que se tenga en cuenta que durante ese lapso temporal el empleador tenía bajo su responsabilidad una serie de obligaciones pensionales establecidas en el estatuto laboral artículo 260 y demás, respecto de las cuales el señor Rodríguez ni siquiera logro alcanzar una expectativa dentro del rango de estas disposiciones en materia pensional. Adicionalmente, que se tenga en cuenta que la corte suprema de justicia es expresa y concreta al mencionar que la circunstancia a la cual se vieron avocados una serie de empleadores no es producto de su negligencia y de su incuria, y que adicionalmente la eventual obligación de aprovisionamiento, si bien se encuentra dispuesta en la ley 90 de 1946, históricamente ha sido catalogada como una imprevisión legislativa, ya que si bien se imponía una obligación, no se establecía específicamente cuales eran los contornos, cuales eran los limites de la misma y hoy en día desproporcionadamente se le esta imponiendo excesivos y onerosísimos cálculos actuariales a extremos como mi representada que ni siquiera es un representante, que ni siquiera es un responsable principal, sino eventualmente un responsable subsidiario. Adicionalmente, si se tienen en cuenta factores y principios de orden superior para validar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Dño.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

estos tiempos trabajados en aras de no soslayar el eventual derecho pensional de un empleado, también hago un llamado para que se tengan en cuenta principios superiores y más allá se tenga en cuenta el panorama de un equilibrio social y de una coordinación económica para que se adopten por parte del fallador de segunda instancia, en caso de considerar viable la confirmación de una condena, medidas que conlleven a morigerar la penosa situación a la que se está viendo avocada mi representada, que vuelvo y repito no es una responsable principal, sino una responsable subsidiaria y se tengan en cuenta alternativas de condena, como las que pululan en la jurisdicción constitucional, traigo a colación el caso de la sentencias t 435 de 2014, t 543 de 2015, que si bien obligan a los empleadores los instan a realizar las cotizaciones, única y exclusivamente los convocan a que pongan a disposición los aportes que le hacen falta al peticionario para alcanzar los requisitos legales y teniendo en cuenta el salario mínimo de la época en que se ejecutó la relación laboral. De igual manera, hago un llamado a que se tenga en cuenta que el calculo actuarial que es proveniente del régimen que emana de la ley 100 de 1993 no resulta aplicable como vehículo financiero para el traslado de los recursos que son deprecados, que son invocados a través de esta acción, máxime cuando ni siquiera se llenan los requisitos establecidos en el decreto 1887 y cuando para la época de prestación de los servicios por parte del ex trabajador, se encontraban vigentes una serie de reglamentaciones por parte del instituto de seguros sociales. De igual manera, solicito a título de apelación que el tribunal superior de este distrito judicial autorice el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador, en este caso al señor Eduardo Rodríguez, resulta innegable que uno de los pilares de nuestro sistema de seguridad social es la solidaridad y en virtud del mismo, no podemos desconocer que la construcción de las prestaciones que emanan de este sistema son producto de una contribución solidaria de parte y parte, no solo achacable a uno de los extremos de la relación laboral, por eso hago un llamado que se tenga en cuenta el deber contributivo y de financiamiento que frente al sistema también le asiste al trabajador y si es del caso, se dé una aplicación retroactiva del artículo 20 de la ley 100 de 1993 y se autorice y se tenga en cuenta ese porcentaje del 25% atribuible al trabajador a título de descuento dentro del cálculo actuarial. Adicionalmente hago un llamado para que se tengan en cuenta los topes de salario máximo asegurable, esto no es un capricho de este extremo de la litis, sino que también ha sido objeto de reparo de las diferentes administradoras de fondos de pensiones y concretamente de Colpensiones, que es la administradora que esta involucrada dentro de este trámite, ya que, resulta innegable que para la época en que se desarrolló la prestación del servicio por parte del señor Rodríguez, el sistema general de pensiones se encontraba constituido por quienes, por el instituto de seguros sociales, por una serie de cajas de compensaciones y eventualmente por los empleadores y dentro de ese lapso de tiempo, dentro de ese lapso, perdón, que ocurrió, pues que fueron emitidas reglamentaciones como los decretos 3090 de 1979, 2630 de 1983 y 2610 de 1989, aplicables a este lapso de 1979 a 1990, estableciendo unos topes de salario máximo asegurable, desconocerlos sería ir más allá de lo legalmente establecido. Para finalizar, me gustaría hacer un llamado a que tampoco aplican las condiciones legales para que el salario de referencia sea el ultimo devengado por el trabajador, deben tenerse en cuenta hipotéticamente en caso de que se mantenga la condena, los salarios devengados en cada uno de los periodos de prestación del servicio, de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

lo contrario, se abre la puerta a que se establezca un ibc que bajo ninguna circunstancia resulta representativo y a todas luces deviene en exagerado, imponiendo e incrementando injustificadamente el cálculo, el eventual calculo actuarial condenado. Bajo ese entendido, dejo planteado el correspondiente recurso de apelación, muchísimas gracias por la paciencia y la oportunidad concedida. Muy amable.

PROBLEMA JURIDICO

1) Analizar si el demandante tiene derecho al pago del cálculo actuarial por la no afiliación de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 28 de mayo de 1979 y el 28 de junio de 1990 y en caso afirmativo, **2)** Si dentro de dicho cálculo deben incluirse los días en que el actor estuvo en licencia **3)** Establecer si el salario que debe tomarse para liquidar el cálculo actuarial es el devengado en el último año de servicios o el devengado mes a mes **4)** Si el empleador debe pagar únicamente el porcentaje que le correspondía cotizar en Pensiones **5)** Se analizará la responsabilidad de las demandadas en el pago del citado cálculo, **6)** Si hay lugar al reconocimiento pensional y al pago de intereses moratorios o indexación sobre las mesadas pensionales y **7)** La condena en costas.

CONSIDERACIONES

Para resolver lo anterior, se tiene que en este asunto no fue objeto de controversia que el señor Eduardo Rodríguez laboró en favor de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE **bajo contrato de trabajo entre el 8 de mayo de 1979 hasta el 28 de junio de 1990**, tal y como consta en el contrato, certificación y liquidación que reposan a folios 528, 533 y 600 del plenario, así como tampoco, que **el demandante no fue afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** por la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE durante la relación laboral, conforme se observa de la historia laboral emitida por COLPENIONES obrante a folio 602 del plenario.

Derecho al cálculo actuarial y salario



Al respecto, se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1º, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora, en tratándose del personal que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, mediante Resolución 03296 del 2 de agosto de 1990 se fijó el 15 de agosto de 1990 como fecha de inscripción de dichos trabajadores para los riesgos de IVM en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 15 de agosto de 1990, en virtud de la aludida resolución no son computables para una pensión del Sistema General de Pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador; no obstante, el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los patronos de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

De manera tal, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas y agencias de transporte marítimo fue obligatoria desde el 15 de agosto de 1990, **tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores** y con ello, garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas se tiene que, como se mencionó al inicio, el demandante laboró al servicio de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. desde el **8 de mayo de 1979 al 28 de junio de 1990, sin que en dicho periodo existiera afiliación en pensiones, por lo que procede el pago del cálculo actuarial por los extremos ya citados**, claro está y contrario a lo pedido por el apoderado de la parte actora en la apelación, descontando los **16 días de licencia** que tuvo el accionante, los cuales se corroboran con la documental allegada a folios 600 y 1865 del expediente y tal descuento es procedente pues en dichos periodos se debe



entender la interrupción temporal de la relación laboral y la improcedencia del pago de aportes a seguridad social.

Así las cosas, el periodo en el que la Flota Mercante no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo, es claro que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, de ahí que se deba, como lo indicó la operadora de primer grado, transferir a la ADMINISTRADORACOLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Fondo al que se encuentra afiliado el demandante, el valor del cálculo actuarial que esta indique por el periodo en comento.

Frente a los **salarios** a tener en cuenta para la liquidación del cálculo actuarial conforme lo exponen los apoderados de la Federación y de Asesores en Derecho en su apelación, **deben ser los salarios devengados por el trabajador mes a mes y los factores que constituían salario** y no el último salario devengado, sin embargo, para la Sala no es posible en este momento determinar los salarios devengados mes a mes con la documental aportada al plenario, pues en la historia laboral y hoja de vida que allegó FIDUPREVISORA SA, no se encuentra certificación de los salarios devengados mes a mes sino de la asignación mensual consignados en los avisos de traslado o promoción, sin que den claridad sobre los factores salariales que constituían salario para el demandante.

Y además debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 135 del CST que señala que, *“cuando el salario se estipula en divisas o monedas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago”*, entonces, **COLPENSIONES deberá revisar lo anterior al momento de liquidar el cálculo actuarial y determinar los salarios que se certifiquen en moneda extranjera y durante los tiempos que no exista certificación del salario devengado, deberá tomar el valor del SMLMV y ningún salario podrá exceder el tope establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.**



Dicha información debe ser suministrada por la FIDUPREVISORA SA a la administradora de pensiones del demandante, es decir a Colpensiones, pues la custodia de la documentación se encuentra a su cargo de conformidad con lo establecido en el otrosí N° 1 del contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0138, tal y como ya lo ha dicho esta Sala en sentencia dentro del proceso ordinario laboral No. 08 2014 00765 -01, de fecha 30 de julio de 2020, con ponencia del Dr. Manuel Eduardo Serrano Baquero.

De la proporción en el pago de los aportes

En lo que se refiere al descuento del porcentaje que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse que, tal y como lo señalan las entidades demandadas en sus recursos, tal solicitud es procedente y por lo tanto **dicho cálculo actuarial debe ser sufragado en la parte que le corresponde únicamente al empleador.**

Lo anterior por cuanto desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 el trabajador ha tenido a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de IVM, situación que resulta particularmente clara en casos como el que se estudia, en el cual la falta de afiliación del trabajador no obedeció a una omisión del empleador frente a sus obligaciones laborales, sino a la ausencia de una norma que dispusiera expresamente para el personal del mar que laboraba para empresas y agencias de transporte marítimo la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS para el cubrimiento de los riesgos de IVM o de hacer las reservas pertinentes (la obligación surgió a partir del 15 de agosto de 1990, de conformidad con la Resolución 3296 de 1990 del 2 de agosto de 1990).

De la Responsabilidad en el pago del cálculo actuarial

Al respecto, en lo atinente a **ASESORES EN DERECHO SAS** mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA, en virtud del contrato de mandato suscrito con FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del referido patrimonio, le corresponde atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la FLOTA MERCANTE, por lo que con base en ello y en lo dispuesto por la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en auto del 7 de mayo de 2013, **debe expedir el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A., que con los recursos de PANFLOTA pague el cálculo actuarial en comento.**

Ahora, en cuanto a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se tiene que en auto del 28 de agosto de 2012 la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la FLOTA MERCANTE y declaró extinguida la personaría jurídica de esta.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012, dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ en el artículo quinto, indicó:

“ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR** a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guarda sustento con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001 en la que señaló:

“En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, (...) que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

De suerte que, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al ser la matriz o controlante de la FLOTA MERCANTE, **se presume la responsabilidad subsidiaria** en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le ordene poner a disposición del PAR los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2958 de 2019.

Conforme a ello, corresponde a **FIDUPREVISORA S.A.** vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, **pagar con los recursos de dicho patrimonio, el cálculo actuarial y en caso de que no los posea, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ **girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación** en comento.

De otro lado, en lo que se refiere a condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, punto objeto de apelación del apoderado de la parte actora, **no se accederá a ello**, pues no se demostró que la FEDERACIÓN esté en imposibilidad de pagar, dado el caso, el cálculo objeto de condena; tan así que la misma no hizo alusión alguna al respecto, es más, no debe olvidarse que esta funge como Administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ según el contrato firmado con el Gobierno Nacional, luego es claro que los recursos para cubrir este tipo de contingencias provienen del Fondo y no de la Federación, aquellos como se indicó, provenientes de la Nación.

Reconocimiento pensional



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

Frente a este aspecto y como quiera que se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones la decisión de la juez a quo de declarar que el demandante tiene derecho a la pensión de vejez, pertinente resulta indicar que no es posible reconocer la misma en este momento, pues además de que no se cuenta con el detalle de los salarios devengados mes a mes en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, información necesaria para determinar el IBL de lo cotizado y la tasa de reemplazo conforme lo establecen los incisos 3° y 5° del artículo 34 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003¹, lo cierto es que, dicha prestación sólo puede ser reconocida cuando COLPENSIONES reciba el valor del cálculo actuarial, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° literal d) parágrafo 1° del Art. 33 de la Ley 100 de 993.

Con la presente decisión la Magistrada Ponente modifica su criterio y recoge cualquier decisión en contrario.

Así las cosas, se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera instancia.

Costas

En lo que se refiere a la condena en costas impuesta a ASESORES EN DERECHO, debe tenerse en cuenta que al ser una de las vencidas en el proceso, pues se impusieron condenas en su contra, debe ser condenada en costas como lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Finalmente, sobre el monto de la condena en costas apelada por el apoderado del demandante, la Sala no se pronunciará al respecto, toda vez que en virtud de lo dispuesto en el artículo 366 del CGP, tal situación solo es debatible en esta instancia a través del recurso de apelación que se interponga en contra del auto que las aprueba.

Sin costas en esta instancia.

¹ El tenor literal de la norma establece que "(...) El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo a la fórmula siguiente: $r = 65.50 - 0.50 s$, donde s es el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes".



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en cuanto definió que el cálculo actuarial se debe efectuar conforme los salarios determinados en dicha sentencia, para **ORDENAR** a la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, que remita a la administradora de pensiones COLPENSIONES, la información donde consten las interrupciones durante la vinculación del actor a la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, certificando para el efecto las licencias sin remuneración y las sanciones de suspensión que se presentaron, así como los **salarios devengados por el demandante mes a mes y** los factores que lo constituían.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y CUARTO** de la sentencia, en el sentido de indicar que el valor del cálculo actuarial debe pagarse únicamente por el porcentaje que le corresponde cotizar al empleador.

TERCER: REVOCAR el numeral **SEXTO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

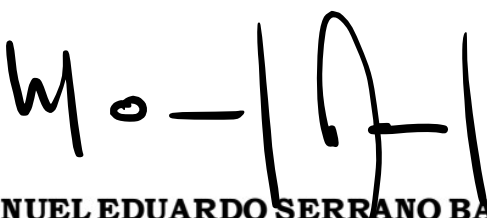
Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39-2017-023-01 Dte: EDUARDO RODRIGUEZ Ddo.: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Salvo voto