TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR ELIAS BALLESTEROS MONSALEVE CONTRA CAFESALUD EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de noviembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 19 de agosto de 2021 (fls. 16 a 23).

ANTECEDENTES

ELIAS BALLESTEROS MONSALEVE solicita se **ordene** a CAFESALUD EPS el reconocimiento y pago del reembolso por gastos médicos, equivalente a la suma de $1.600.000.

Fundamenta sus pretensiones en que el 29 de marzo de 2017, ROMARIO BALLESTEROS CHINOME en calidad de hijo y beneficiario del sistema de salud, fue atendido en la fundación oftalmológica de Santander FOSCAL, debido a que venía presentando desmejora en la visión, y quien fue diagnosticado con queratocono con signos de progresión, que en el centro oftalmológico fue atendido por el Dr. VIRGILIO GÁLVIS quien determinó

dentro de su recomendación médica que debía realizarse el crosslinking AO + hidratación del OI, en razón a que no existían alternativas POS previamente autorizadas, que de igual forma como se lee en criterio que justifica la solicitud para el procedimiento, existía riego inminente para la vida y la salud del paciente, que esos gastos los asumió con recursos propios, porque la EPS autorizó los trámites sugiriendo que así lo hiciera mientras se legalizaba ante la entidad y posteriormente solicitará el reembolso, debido a que no existía convenio con la FOSCAL para la realización del procedimiento y por la urgencia; y ante la necesidad de practicarlo acepté de buena fe, que efectivamente se realizó el procedimiento prescrito por el especialista en beneficio de la salud y bienestar de su hijo, a lo cual tuvo que acudir a un crédito por la urgencia de la práctica del procedimiento, que en innumerables ocasiones ha solicitado el reembolso ante CAFESALUD y ante la Supersalud se ha puesto conocimiento de la situación y no se ha dado solución ni respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS contestó señalando que, frente a la pretensión invocada por el demandante, éste radicó solicitud de reembolso con número de factura PF00024748 por valor de $1.600.000, el cual fue aprobado, sin embargo, el mismo no ha sido cancelado teniendo en cuenta que el Banco de Bogotá tiene congelada la cuenta maestra de CAFESALUD EPS, cuenta que se tiene destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas, la cual fue embargada por orden judicial.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de

Conciliación, mediante providencia del 19 de agosto de 2020 (fls. 16 a 23), **accedió** a la pretensión formulada por el demandante y **ordenó** a CAFESALUD EPS hoy en liquidación a reembolsar a favor del actor la suma de $1.600.000.

Como sustento a su decisión hizo relación a las pruebas documentales arrimadas al proceso, frente a lo cual señaló que los mismos no fueron tachados de falsos, así como como la verificación de los documentos médicos realizada por el profesional de la medicina MARTHA LUCÍA CASTRO RAMÍREZ integrante del grupo de apoyo especializado a la labor hermenéutica propia de esa autoridad judicial, frente a lo cual se pudo evidenciar que la EPS CAFESALUD no garantizó accesibilidad, oportunidad, continuidad, ni integralidad en la atención requerida por el afiliado beneficiario ROMARIO BALLESTEROS CHINOME con diagnóstico de queratocono con signos de progresión y ordenación del procedimiento crosslinking AO+hidratación del OI, por el médico tratante Dr. VIRGILIO GALVIS centro oftalmológico quien solicita autorización para realizar el procedimiento de ambos ojos el 29 de marzo de 2017, y solicitud y justificación médica para procedimientos, insumos y dispositivos NO POS del 29 de marzo de 2017, expedido por CAFESALUD EPS la autorización del servicio No. 183093958 del 7 de junio de 2017, remitido a la fundación oftalmológica de Santander FOSCAL, radicado el 16 de junio de 2017, en la EPS regional Santander – San Gil, al no garantizar su realización, por no tener contrato vigente con el prestador de servicios el cual fue remitido, siendo costeado por el demandante de forma particular.

Es decir, que CAFESALUD EPS no garantizó la realización efectiva del procedimiento ordenado por el médico tratante, siendo claro que la EPS no actuó con la suficiente diligencia al dejar de aplicar un tratamiento

oportuno y eficaz para prevenir consecuencias graves de disminución notoria visual del paciente, teniendo en cuenta la urgencia de la situación.

Resalta el sentenciador que CAFESALUD EPS se allanó a las pretensiones de la demandante al reconocer que tiene derecho al reembolso de los gastos médicos. En cuanto al levantamiento de medidas cautelares refiere el *a quo* que no resulta de recibo dado que era su deber en el momento en que se presentó el servicio de salud que requería el menor proveer los recursos requeridos, dada la continuidad en el servicio de salud.

RECURSO DE APELACIÓN

CAFESALUD EPS en liquidación interpone recurso de apelación argumentando que mediante resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS, proceso que inició el 5 de agosto de 2019, teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010, fueron publicados dos avisos emplazatorios en medios de comunicación de amplia circulación, los días 13 y 28 de agosto de 2019, a fin de que todas las personas naturales y jurídicas de carácter público o privado, que se consideraran con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la entidad, realizarán la radicación de sus créditos, con prueba siquiera sumaria de los mismos. Para ello, la liquidación estableció una serie de formatos y un instructivo de ordenación documental los cuales fueron publicados en la página oficial de CAFESALUD para que a través de estos fueran presentadas o remitidas por correo certificado las correspondientes reclamaciones.

En tal sentido, considera que el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección al principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, por lo tanto, solicita se ordene al demandante que se haga parte del proceso

liquidatorio, radicando su acreencia de acuerdo con los formatos establecidos en el link www.cafesalud.com.co/FormularioInscripcion.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolverse en el presente asunto, consiste en establecer si el demandante debe hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas

naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

> *«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.*
>
> *En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.*
>
> *Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;*

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

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, **la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS**, **se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación**. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de gastos médicos, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si se hace efectivo su crédito o no, por lo tanto, los argumentos planteados por la parte apelante no tienen la virtualidad de permitir revocar la providencia apelada.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 19 de agosto de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR SANDRA PATRICIA LIZCANO CONTRA FAMISANAR EPS Y OTRO

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de noviembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 21 de diciembre de 2020 (fls.41 a 44).

ANTECEDENTES

La señora SANDRA PATRICIA LIZCANO acude a la presente acción[1] con el fin de obtener el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades a cargo de FAMISANAR EPS:

Fecha de inicio	Fecha final	No. días
19/11/2016	08/12/2016	20
09/12/2016	20/12/2016	12
21/12/2016	19/01/2017	30

[1] Folio 1 a 2

La SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN mediante auto No. A2018-002648 del 31 de agosto de 2018, admite la demanda, ordena requerir a la demandante y vincula a la sociedad DIAGNOSTIAUTOS S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

DIAGNOSTIAUTOS S.A. a través de su representante legal indica que ha cumplido a cabalidad en su condición de empleador, las obligaciones legales y contractuales para con la trabajadora SANDRA PATRICIA LIZCANO, los cuales incluyen los pagos y aportes al Sistema de Seguridad Social. Manifiesta que la actora se encuentra vinculada mediante contrato a término indefinido desde el 16 de mayo de 2013, que está afiliada a la EPS FAMISANAR, que ha sido objeto de incapacidades médicas por origen de enfermedad común, cuyo diagnóstico se refiere a SONOVITIS y TENOSINOVITIS, las cuales tuvieron inicio el día 20 de mayo de 2016, que de acuerdo al artículo142 del Decreto-ley 19 de 2012, la actora cumplió los 180 días de incapacidad por enfermedad general el día 19 de noviembre de 2016, sin embargo indican que le pagaron las incapacidades hasta el día 30 de diciembre de 2016 y al parecer lo que existe es una discrepancia entre la EPS FAMISANAR y el FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, en lo que tiene que ver con la documentación, trámite y pagos de que trata el artículo142 del decreto-ley 19 de 2012.

FAMISANAR EPS. No dio contestación a la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante providencia del 21 de diciembre del 2020 (fls. 41 a 44), **accedió** parcialmente a las pretensiones de la demanda presentadas por la señora SANDRA PATRICIA LIZCANO y **ordenó** a FAMISANAR EPS a pagar la suma

de $467.221 con las actualizaciones monetarias correspondientes a favor de la demandante.

Como sustento a su decisión indicó que conforme se observaba de los desprendibles de nómina allegados al plenario por el representante legal de la empresa DIAGNOSTIAUTOS S.A. en calidad de empleador de al demandante, se podía ver que había reconocido las incapacidades médicas del periodo comprendido entre el 19 de noviembre al 31 de diciembre de 2016, por consiguiente, la demandante no se encontraba con legitimación en la causa para reclamar, teniendo en cuenta que trataba de un reembolso que se encuentra en cabeza exclusiva del empleador.

En consideración a lo anterior, entró analizar únicamente el reconocimiento de las incapacidades correspondientes del 1° de enero al 19 de enero de 2017, frente a los cuales se señalaba por parte de la empresa vinculaba que los mismos superaban los 180 días, por lo tanto, quien debía asumir su reconocimiento era la AFP. Al respecto, argumenta el sentenciador de primera instancia que el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales debe ser cancelado por la respectiva administradora de fondos de pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación antes del día 120 de la incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 150 a la AFP en el que se encuentra afiliado el trabajador.

Estableciendo el sentenciador que teniendo en cuenta que la demanda no fue contestada habiéndose notificado en debida forma, tal circunstancia se debía tener como indicio grave en su contra y, por lo tanto, ante la ausencia de soporte que demostrará la expedición y remisión del concepto de rehabilitación a la AFP correspondiente dentro del término establecido, debía ser la EPS accionada la obligada a reconocer y cancelar la prestación económica referida.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (Fls.52 a 53) en el cual señala que, de acuerdo con la normatividad dispuesta en materia de incapacidades, las empresas promotoras de salud, están obligadas a reconocer y cancelar incapacidades hasta el día 180 y a partir del día 181 está obligación se transfiere a los fondos de pensiones, procediendo a adjuntar reporte de las incapacidades de la accionante, así como el concepto de rehabilitación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la EPS FAMISANAR debe reconocer y pagar las incapacidades médicas a favor de la actora después del día 181, las cuales se causaron entre el 1° de enero al 19 de enero de 2017.

Incapacidades prolongadas por más de 180 días

Sobre el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Igualmente, se ha establecido que, una excepción a la regla anterior es que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del

día 150, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto (T-401 de 2017).

Revisada la documental anexa con el escrito de demanda, se observa que a folio 16 se encuentra incorporado el concepto de rehabilitación emitido por la EPS FAMISANAR, el cual pasó por alto el Juez de primera instancia, sin embargo, verificado el mismo; se tiene que éste fue elaborado el **22 de diciembre de 2016** y notificado a la AFP PROTECCIÓN S.A. el **29 de diciembre de 2016**, es decir, mucho tiempo después del cumplimiento de los 180 días de incapacidad establecidos por la Ley, pues como bien lo recalca el recurrente **los 180 días se acreditaron el 23 de noviembre de 2016**, de suerte que el concepto de rehabilitación debió haberse elaborado y notificado a la AFP con anterioridad a dicha data, situación que conlleva a determinar que es la entidad responsable del pago de las incapacidades causadas entre el **1° de enero al 19 de enero de 2017.**

Empero observa la sala de la respuesta emitida por la AFP PROTECIÓN a la demandante que se encuentra a folio 18, que dicha entidad reconoció las incapacidades a partir del **6 de enero hasta el 18 febrero de 2017**, de manera que, las incapacidades que no están cubiertas son las correspondientes del **1° de enero al 5 de enero de 2017**, siendo necesario modificar las sumas aritmética señaladas en primera instancia, así:

Periodo de incapacidad: 01/01/2017-05/01/2017
Salario: $737.717
Días de incapacidad: 5
Valor incapacidad: $122.953

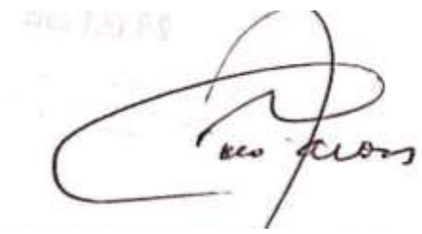
Por lo anterior, se **modificará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, el 21 de diciembre de 2020, en relación a la suma de la incapacidad a reconocer, para lo cual se **ORDENA** a la EPS FAMISANAR a pagar a favor de la parte actora la suma de $122.953, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA CAROLINA URUEÑA ESCOBAR CONTRA FLIX CINEVISIÓN COLOMBIA S.A.S

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **ELSA CAROLINA URUEÑA ESCOBAR de manera principal** se **declare** la injustificada terminación unilateral del contrato individual de trabajo por parte de la demandada FLIX CINEVISIÓN COLOMBIA S.A.S. el 19 de abril de 2018, se **ordene** a la empresa demandada a reintegrarla al cargo de directora Comercial, se condene a la demandada a reconocerle y pagarle salarios, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones que se adeudan desde la terminación del contrato, se **condene** en gastos y costas del proceso, se **condene** a que las sumas sean debidamente indexadas, se **condene** ultra y extra petita. De manera, **subsidiaria** solicita se **reajuste** la liquidación final se prestaciones e indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta como extremos laborales del 7 de julio de 2014 al 19 de abril de 2018, lo anterior teniendo en cuenta que no existió un día en que dejara de laborar entre CINEVISIÓN COLOMBIA LTDA y FLIX CINEVISIÓN COLOMBIA S.A.S (fls. 101 a 102 cuaderno 1 y 39 a 40 cuaderno 2)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 103 a 105) se señaló en síntesis que el 7 de julio de 2014, mediante contrato de trabajo a término indefinido se vinculó con la sociedad CINEVISIÓN DE COLOMBIA LTDA, que el cargo por el cual fue contratada fue el de Directora Comercial Nacional, devengando un salario de $8.000.000, más salario de valor variable determinado por cumplimiento de presupuesto mensual de ventas, más $250.000 de subsidio de combustible, más $250.000 por subsidio de celular, así mismo por cumplimiento de presupuesto trimestral del 100% en adelante, un bono trimestral de $10.000.000, más un salario garantizado por $2.000.000, que el día 16 de enero de 2017, mediante contrato de trabajo a término indefinido se vinculó con la sociedad FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA S.A.S., para desempeñarse en el cargo de Directora Comercial, el salario básico pactado fue de $8.000.000, más salario de valor variable determinado por cumplimiento de presupuesto mensual de ventas, más $250.000 como auxilio de movilización, así mismo, por cumplimiento de presupuesto trimestral del 100% en adelante, un bono trimestral de $10.000.000, que la sociedad FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA S.A.S. mediante su representante legal le informó mediante escrito del 12 de abril de 2018, la determinación por parte de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa a partir del 19 de abril de 2018, debido a que la empresa empezó un proceso de restructuración, que en total durante la vigencia de la relación laboral que existió entre las parte, está trabajó 3 años, 9 meses y 13 días, de conformidad con la continuidad laboral y sustitución patronal que existió entre la sociedad CINEVISIÓN DE COLOMBIA LTDA y FLIX CINEVISIÓN COLOMBIA S.A.S., sociedades activas a la fecha, que al momento del despido devengaba como salario la suma de $21.465.329, que su núcleo familiar esta conformado por su esposo señor ALEJANDRO REAL RAMÍREZ y sus dos hijos que viven en el exterior, que su esposo a la fecha se encuentra desempleado, demostrándose así que el único ingreso con el que contaba era el del salario que devengaba, que desde su despido ha enviado hojas de vida y recurrido a todos sus conocidos para la búsqueda de empleo, sin que a la fecha haya conseguido empleo, sufriendo discriminación por su avanzada edad, que a la fecha no se encuentra pensionada, cuenta con 55 años de edad y 1,552.71 semanas cotizadas, que no tiene como suplir sus gastos diarios tales como pago de administración,

servicios, cuota apartamento donde reside, cuota crédito de vehículo, cuota de las tarjetas de crédito y mercado, viéndose afectado su mínimo vital, que al momento del despido no se tuvo en cuenta que tenía 55 años de edad, por lo que le faltaban menos de 3 años para adquirir el reconocimiento y la pago de la pensión de vejez, encontrándose en status de pre pensionada, que el 23 de abril de 2018, radicó solicitud de reintegro y pagos de salarios dejados de percibir, que el día 30 de abril de 2018, la empresa demandada da respuesta negativa, que el 3 de mayo de 2018, interpuso acción de tutela conocida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. quien la declaró improcedente, decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

También relata que la sociedad demandada le reconoció una indemnización por valor de $17.172.263, liquidados del 16 de enero de 2017 al 19 de abril de 2018, para un total de 456 días, la cual no se ajusta a derecho, toda vez que de conformidad con la sustitución patronal y continuidad laboral, la liquidación debió realizarse del 7 de julio de 2014 al 19 de abril de 2018, para un total de 1,363 días.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA S.A.S. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 4, 5, 7, 9, 18 a 23, los cuales tienen relación con la fecha en que se vinculó laboralmente con la empresa demandada, el cargo desempeñado, carta de terminación del contrato sin justa causa y motivo de la decisión, petición de reintegro presentada ante la sociedad y respuesta, y acción de tutela interpuesta por la actora, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 6, 8, 16 y 17; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta a la buena fe procesal, improcedencia de pago de los gastos y costas del proceso, improcedencia de indexación, improcedencia de fallos extra y ultra petita.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de septiembre de 2019, **absolvió** a la sociedad demandada FLIX CINEVISIÓN

DE COLOMBIA S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en constas a la parte demandante (CD fl.178).

Como argumento de su decisión, señalando que no había sido objeto de controversia la existencia del vínculo laboral de la actora con la demandada a través de un contrato a término indefinido suscrito el 16 de enero de 2017, en donde se desempeñó en el cargo de Directora Comercial con un salario de $8.000.000, contrato que tuvo vigente hasta el 12 abril de 2018, fecha en que la sociedad demandada dio por terminado el contrato.

Posteriormente, hizo referencia a la solicitud de reintegro por encontrarse en calidad de pre pensionada al momento del despido, estableciendo la sentenciadora que la noción de pre pensionado se refiere de forma general a trabajadores de entidades estatales o privados en proceso de liquidación dentro de las entidades u otras situaciones administrativas que dé lugar de manera general e indiscriminada la vinculación de trabajadores que le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempos de servicio para acceder a la pensión, de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia T -357 de 2016, igualmente trae como referencia para su decisión la sentencia SU 003 de 2018, analizando de la misma que es un amparo para personas que les faltare 3 años para obtener el derecho a la pensión, pero hace claridad que es únicamente cuando al afiliado le falta es la edad para tener derecho al reconocimiento de la pensión y aplica es para la pensión en régimen de prima media, ya que la edad se cumple esté o no vinculada laboralmente.

Que, al estudiar los parámetros de la sentencia señalada en el caso de la demandante, se tenía que se encuentra afiliada al RAIS en cabeza de OLD MUTUAL y que solicitó precisamente al fondo al que pertenece si tenía las cotizaciones suficientes para poder pensionarse y la respuesta que se obtuvo es que cuenta con las cotizaciones necesarias para financiar su pensión de acuerdo a las características del régimen al cual se encuentra afiliada, que también se puede apreciar que la actora solicitó la nulidad del traslado a fin de poder retornar al régimen de prima media, sin embargo, ello no es relevante para el asunto, como quiera que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte constitucional no habría lugar a la figura de la protección por pre pensionada simplemente porque el único requisito que le faltaría para

la pensión de vejez en el régimen de prima media es el cumplimiento de la edad, porque claramente tiene cotizadas más de 1,300 semanas.

En cuanto a la pretensión subsidiaria correspondiente al reajuste de la indemnización por despido sin justa causa, indica la *a quo* que la misma se encuentra amparada en la figura de la sustitución patronal, situación frente a la cual se opone la demandada al considerar que los extremos laborales no corresponden, ya que el mismo tuvo vigencia entre el 7 de junio de 2014 y el 19 de abril de 2018, toda vez que no existió solución de continuidad para la sociedad CINEVISIÓN LTDA y FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA, que al verificarse el expediente se incorporó copia del contrato de trabajo de fecha 16 de enero de 2017, a término indefinido suscrito entre la demandante y la sociedad enjuiciada FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA, así mismo, se allegó copias del contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 7 de julio de 2014, el cual terminó el 15 de diciembre de 2016 con CINEVISIÓN LTDA, que de acuerdo con la liquidación allegada el contrato término por mutuo acuerdo entre las partes plasmado en la inspección del trabajo 13 de diciembre de 2016, coligiendo el Juzgado que no se configuró la sustitución patronal como lo pretende la actora, porque no se configuran elementos legales para su determinación al haber existido conciliación del contrato que se tenía CINEVISIÓN LTDA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el 7 julio de 2014, se celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad CINEVISIÓN y de Conformidad con la sustitución patronal que existió entre ésta y FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA el 16 de enero de 2017, celebró un contrato con ésta última desempeñando un cargo de directora comercial con funciones iguales a las que tenía CINEVISIÓN devengando un salario para el momento del despido injustificado de $21.365.329, la vigencia de la relación laboral con FLIX fue de 3 años, 9 meses y 13 días, debe tenerse en cuenta que el representante legal de CINEVISIÓN y FLIX es el mismo.

Arguye que como el despido fue injustificado, se le vulneraron los derechos fundamentales a la demandante, los cuales no fueron mencionados en la

sentencia que se apela en este momento al ser los derechos vulnerados como el de igualdad, mínimo vital, dignidad humana, estabilidad laboral reforzada, seguridad social y principio de favorabilidad, toda vez que era su único ingreso económico para cubrir necesidades básicas y por su edad le resulta más difícil conseguir un empleo digno, pues no ha hecho otra cosa que buscar trabajo y está siendo víctima de discriminación, además padece de angustia psicología derivada de la desvinculación, porque su salario y eventual pensión eran su único sustento económico y hoy día no cuenta con ninguna de las dos situaciones, no sin antes manifestar que dentro del plenario se acreditó las obligaciones financieras y gastos necesarios para la subsistencia suya y la de su familia, causándole un perjuicio irremediable, más aun cuando la trabajadora aportó todo su conocimiento profesional para el crecimiento de la sociedad demandada.

Solicita se dé aplicación al artículo 13 y 46 de la Constitución Política y por ende reintegrarla al cargo como directora comercial ya que otras personas en similares condiciones le han garantizado tal derecho cuando se prueba la afectación al mínimo vital y el principio de igual, no es solo proteger las condiciones mínimas de personas de la tercera edad, sino para que sean tratadas de forma equitativa y similar, pues por su edad es difícil que la reciban en cualquier otra empresa, solicita se tenga en cuenta los testimonios que dan fe de la discriminación que ha existido hacía ella, y si bien cumple los requisitos de la pensión de vejez, en este momento nadie se la va a reconocer porque está en medio de un proceso de nulidad de traslado pensional.

Por otra parte, es importante mencionar que si bien tiene ahorro en su cuenta individual se debe proceder con el reintegro, porque en jurisprudencia con ciudadanos en similar situación le fue protegido tal derecho al ser probado que estaba en riesgo el mínimo vital de ella y su familia, si bien tiene unos bienes, la mayoría están en venta para poder salir de la crisis económica los cuales no han sido posible vender, por ende, no posee dinero que pueda tomar para cubrir sus necesidades básicas.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión establecer si la demandante cumplía con las condiciones de pre pensionada al momento del despido, en consecuencia, si debe ser reintegrada al cargo que venía desempeñando junto con el pago de salarios y acreencias laborales desde la fecha del despido al reintegro. En caso de no prosperar lo anterior, se procederá a verificarse si existió sustitución patronal entre CINEVISIÓN LTDA y FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA, por consiguiente, si hay lugar a la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

Contrato de trabajo

No es materia de discusión que entre la señora ELSA CAROLINA URUEÑA ESCOBAR y la empresa FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA existió una relación laboral desde el 16 de enero de 2017 al 19 de abril de 2018, a través de un contrato a término indefinido para desempeñarse en el cargo de Directora Comercial con un salario básico a la fecha de finalización del contrato de $21.465.239, que la terminación del contrato lo fue por decisión unilateral del empleador, recibiendo una indemnización en la suma de $17.172.563, como da cuenta la documental anexa al expediente y como fue aceptado por la parte demandada.

Pre pensionado

Para entrar a dilucidar el problema jurídico planteado, en efecto como lo planteo la Juez de primera instancia es necesario traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional referente al tema, el cual quedó unificado en la sentencia SU 003 de 2018, en la que dijo:

> *"Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta* ***segunda regla de unificación jurisprudencial*** *se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que*

ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

"[…] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez".

Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de "prepensión", en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente".

Criterio que además ha sido acogido por la Corte Suprema de Justicia Sala

de Casación Laboral en sentencia SL 1462 del 12 de abril de 2021, en la que señaló:

> *"De tal forma se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia CC SU-003-18, en donde manifestó que:*
>
> *Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.*
>
> *De allí, que tampoco pueda decirse que la decisión que tomaron las partes de terminar la relación laboral de mutuo acuerdo a través de una transacción, constituye una barrera para el goce efectivo de sus derechos pensionales o tuviera un objeto ilícito, como lo quiera hacer ver el actor".*

Así las cosas, queda claro que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, tal y como lo tuvo por sentado la *a quo,* en tal sentido al verificarse la situación de la demandante milita a folios 173 a 175 respuesta de la AFP OLD MUTUAL en atención a la solicitud de la Juez para que le informará si la demandante tiene el acumulado del capital necesario para financiar su pensión de vejez, frente a lo cual manifiesta que reúne el capital necesario para la modalidad de retiro programado, de manera que teniendo en cuenta esta única prueba la demandante, no cumple con los requisito para acceder al estabilidad laboral reforzada solicitada, pues en este régimen pensional cuenta con un acumulado necesario para acceder a la pensión de vejez sin que sea requisito la edad.

Ahora, teniendo en cuenta que refiere que se encuentra en trámite jurídico la ineficacia del traslado a fin de retornar al régimen de prima media, como bien lo indica en el escrito de demanda en caso de lograrse dicho traslado cuenta con un total de 1,552.71 semanas cotizadas en dicho régimen, lo que significa que acumula también el total de semanas requeridas para acceder al derecho pensional, siendo el único requisito faltante la edad, lo que confirma que no reúne los requisitos exigidos para el beneficio solicitado,

sin que pueda predicarse el otorgamiento del beneficio por el hecho de que aún no se ha decidido a quien le corresponde reconocer la pensión, pues ello no alude que sea necesario el reintegro para alcanzar a reunir las cotizaciones para la pensión, toda vez que ya cuenta con ellas, ni tampoco puede predicarse vulneración de derechos fundamentales, pues si bien aun no cuenta con la mesada pensional, podrá tener derecho a la misma una vez cumpla la edad, lo cual lleva consigo el pago de retroactivo de la mismas en caso de demora en el trámite judicial.

En cuanto a la decisión tomada por el empleador de despedir sin justa causa amparado en el artículo 64 del CST, en sentencia reciente la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (SL 1181 de 2021), trajo a colación jurisprudencia de dicha Corporación en la cual se hizo el estudio del artículo 64 del CST, señalando:

"Así mismo, en torno a la trasgresión de los principios y normas constitucionales, la CSL SL3424-2018 también reiterada en CSJ SL4988-2018 y CSJ SL5178-2019, esgrimió:

[…] tampoco dicha disposición trasgrede los principios materiales de la Constitución Política de 1991, ni los de progresividad y favorabilidad en materia laboral.

Esto, porque en la Carta Fundamental se reconoce el derecho a la libertad de empresa, la cual consiste en la facultad que tiene toda persona de desarrollar una actividad económica y de organizar a su discreción todas las cuestiones inherentes a ella, lo que incluye la dirección de las relaciones de trabajo, si para ello contrata los servicios de personas naturales....

No obstante, ese poder empresarial no es absoluto y se encuentra limitado por los derechos constitucionales, las condiciones dignas y justas que debe orientar toda relación laboral y por los principios de buena fe, solidaridad, dignidad, igualdad y función social de la empresa. Por tanto, para la Corte tampoco es de recibo el argumento según el cual los «puestos de trabajo» son de los trabajadores, porque ello restaría eficacia a la mencionada potestad del empleador. En dicha perspectiva, la Corporación reitera que todo empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico (CSJ SL, 4 ag. 1992, rad. 5127).

Es decir, contrario a lo que aduce la censura, la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad del vínculo laboral, sino de continuidad del mismo si se cumplen las condiciones para ello. Dicho de otro modo, dicha figura jurídica tiene ver con la expectativa cierta que tiene el empleado de conservar su puesto de trabajo mientras subsistan las circunstancias que le dieron origen y cumpla con sus obligaciones. Empero, tal garantía tampoco es absoluta ni implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello

atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual.

Es así que la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo 64 en comento, a través de las sentencias C-1507-2000 y C-533-2012, indicó que no vulnera los derechos del trabajador porque la figura del reintegro no es la única forma de proteger la estabilidad laboral, toda vez que ante la decisión unilateral e injustificada se puede apelar válidamente a la indemnización del perjuicio causado".

En tal sentido, la empresa no actuó ilegalmente al haber tomado la decisión de dar por terminado el contrato sin justa causa a la trabajadora, pues no se encontraba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por ostentar la condición de pre pensionada como ya fue explicado, aunado a que pagó la indemnización correspondiente y además le expresó a la demandante el motivo de su decisión aduciendo: *"debido a las condiciones del negocio para el presente año, la empresa ha dado inicio a un proceso de reestructuración, por lo cual se ha tomado la decisión de dar por terminado el contrato laboral*" (fl.36).

Sustitución patronal y reliquidación indemnización despido sin justa causa

Establece el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente:

> *"**Art. 67. Definición**. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios".*

En relación a la literalidad de la norma, ha considerado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción ordinaria laboral que de la misma se puede deducir que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa ya sea cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc. Ha señalado también, que es en el contexto de la relación laboral y su continuidad con otro empleador, en el que esta figura tiene pleno sentido o, más bien, en donde se activan sus garantías consistentes en que los términos de los contratos de trabajo no varíen, se mantenga la antigüedad laboral de los trabajadores y la transferencia de empresa no afecte la solvencia de pago de los créditos laborales adquiridos por el empleador

transmitente *(SL 4530 del 11 de noviembre de 2020, rad. 82478).*

Así mismo, la CSJ Sala de Casación laboral en sentencia **SL 3003 del 5 de agosto de 2020, rad. 46669,** en relación a la sustitución patronal señaló lo siguiente:

> "*La jurisprudencia de vieja data, verbigracia, en la sentencia CSJ SL de 24 de enero de 1990, No. 3535, siguiendo el texto del artículo 67 precitado, exige lo siguiente para que se produzca la sustitución patronal:*
>
> *siguiendo el texto del artículo 67 precitado, exige lo siguiente para que se produzca la sustitución patronal:*
>
> *Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber:* ***a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo****". (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535. Destaca la Sala".*
>
> *Colofón de lo anterior, frente al requisito de la continuidad de la empresa de que trata el artículo 67 del CST, precisa la Sala que el solo cambio de empleador por la ocurrencia de la trasferencia del trabajador entre sociedades que tienen el mismo objeto social o se dedican a actividades o negocios similares no se ubica dentro de la sustitución patronal.*
>
> *El yerro jurídico de interpretación anotado llevó al juez colegiado a valorar erradamente las pruebas. Si él hubiese partido de la interpretación correcta de la norma en comento, no habría aceptado los acuerdos de «sustitución patronal» celebrados entre las demandadas, la referencia que hizo la accionante al nuevo empleador en la demanda,* ***ni la similitud en los objetos sociales de las empresas, como elementos fácticos suficientes para corroborar la sustitución patronal. Al ad quem le faltó entrar a examinar si se dio el traspaso, por cualquier causa, de un establecimiento o unidad de negocio de una sociedad a otra para poder aplicar los efectos del artículo 67 del CST, ante la no discusión de los otros dos supuestos. O que se tratase de un cambio de régimen de administración de un establecimiento".*** *(subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Siguiendo los derroteros jurisprudenciales mencionados, la figura solicitada por la parte actora en efecto no se encuentra plenamente acreditada en relación a lo siguiente: conforme al certificado de existencia y representación legal de la empresa FLIX CINEVISIÓN DE COLOMBIA se constituyó el 20 de abril de 2016 y fue inscrita el 25 de abril de 2016, así mismo, se encuentra certificado de existencia y representación legal de la empresa CINEVISIÓN DE COLOMBIA LTDA que da cuenta que dicha sociedad aún no se

encuentra disuelta (fls. 14 a 18), de manera que sigue funcionando, lo cual permite establecer que se tratan de dos empresas diferentes a pesar de tener objetos sociales similares y el mismo representante legal, téngase en cuenta además que si bien la actora suscribió un contrato laboral con la empresa CINEVISIÓN DE COLOMBIA LTDA para iniciar laborales a partir del 7 de julio de 2014, en el cargo de Directora Comercial Nacional, dicho contrato fue terminado y liquidado el 15 de diciembre de 2016 (fl.23), por mutuo acuerdo como se observa del acta de conciliación celebrada el 13 de diciembre de 2016, lo cual confirma que no se trató de un traspaso de una empresa a la otra, sino de la prestación del servicio por parte de la actora a empresas distintas, por lo tanto, en efecto no se configura la sustitución patronal.

Como quiera que no prosperó la figura de sustitución patronal, resulta también impróspera la solicitud de la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, ya que no resulta factible tomar más del tiempo laborado con el que se cálculo la indemnización reconocida.

Por lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

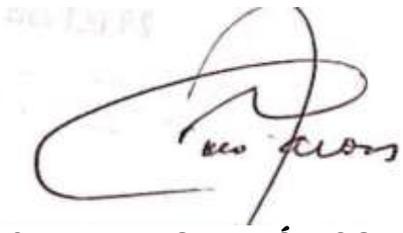
En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase

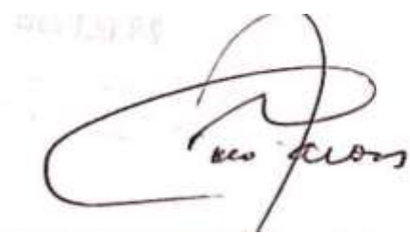


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de $ 300.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MYRIAM ROCIO BELTRÁN SALAZAR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MYRIAM ROCIO BELTRÁN,** se **declare** la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. surtida mediante formulario No. 6822095 del 10 de agosto de 1998, en consecuencia, se **condene** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración que hayan sido descontados durante toda la vigencia de su afiliación al RAIS, se **ordene** a COLPENSIONES recibirla sin dilación alguna junto con la totalidad de los ahorros que COLFONDOS traslade, se **ordene** a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral una vez efectuado su retorno a dicha entidad a fin de garantizar su derecho pensional bajo el régimen de prima media, se **ordene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle sin solución de continuidad la pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones que ésta realizó, se **ordene** a COLFONDOS a pagar las diferencias en dinero que se presente entre las mesadas que hayan sido pagadas a la demandante y las

que resulten del reconocimiento de la pensión de vejez que haga COLPENSIONES, se **condene** en costas y agencias en derecho y se **condene** ultra y extra petita (fls.2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.3 a 6), señaló en síntesis que efectuó aporte al ISS desde el 16 de noviembre de 1983 hasta el 31 de agosto de 1998, según consta en la historia laboral, que a través de formulario No. 0822095 del 10 de agosto de 1998, solicitó ser afiliada al RAIS por COLFONDOS S.A., que previo a la firma de esa afiliación el asesor de COLFONDOS le informó que en ese fondo se podría pensionar a la edad que quisiera, adicionalmente se pensionaria con un monto más alto al que le correspondería en el régimen de prima media, también se le dijo que el ISS se liquidaría, por lo que sus afiliados debía trasladarse a la AFP privada, que en dicho fondo a efectuado aporte desde octubre de 1998 a la fecha, que el asesor no le informó que para poderse afiliar en el RAIS a la edad que quisiera debía reunir en su cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar una pensión mensual superior al 110% del SMLMV a la expedición de la Ley 100 de 1993, reajustando anualmente según el IPC, tampoco se le dijo que para poder acceder a la pensión anticipada por vejez, se debía tener en cuenta la rentabilidad de los fondos de pensiones, así como factores externos e inciertos, tales como el comportamiento general de la economía, no se le dijo las diferentes alternativas de pensión que dicho fondo ofrecía, no se le dijo sobre las desventajas de ese régimen pensional, no se le hizo una proyección de su mesada pensional, no se le habló sobre las cotizaciones voluntarias, que el 7 de noviembre de 2018, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual fue contestada el 15 de noviembre de 2018.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 22 y 23; los cuales tienen relación con los aportes que efectuó la demandante en COLPENSIONES, fecha en que se realizó el formulario de afiliación al RAIS, fecha de reclamación ante la entidad para retorno a dicho régimen y fecha de respuesta a la petición, dijo no constarle los numerales 3 a 6, y no ser

ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica (fls. 66 a 77).

COLFONDOS S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 1, 22 y 23; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls.96 a 115).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de julio de 2020 (CD – fl. 241), **declaró** la nulidad e ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, realizada el 10 de agosto de 1998 a COLFONDOS S.A., **condenó** a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 45 días siguientes a la fecha de la presente diligencia, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión a los gastos de administración, **condenó** a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante conforme a las cotizaciones efectuadas en su momento a COLFONDOS y tener entre sus afiliados a la actora como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, además de actualizarle su historia laboral, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez dando aplicación a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha que se desafilie del sistema, la que deberá liquidarse teniendo en cuenta el promedio de los salarios o renta sobre los cuales ha

cotizado la afiliada durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez o el promedio más favorable, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificado que expida el DANE, autorizando a la demandada para descontar de ella el valor correspondiente de los aportes a salud, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a COLFONDOS S.A. en 2 SMLMV.

Como fundamento a su decisión, la *a quo* hace una relación frente a la línea jurisprudencia referente a la falta de información al momento de surtirse el traslado de régimen, así como la obligación de las AFP del buen consejo, trae a colación la normatividad que dispone dicha obligación, concluyendo que el deber de información es ineludible y que las AFP desde su creación han tenido el deber de información a los usuarios a fin de que estos pudieran tomar una decisión consiente y libre sobre su futuro pensional, por lo tanto, aduce que no basta con la sola suscripción del formulario de afiliación y que el mismo no haya sido tachado de falso, igualmente hace alusión a la carga de la prueba a cargo del fondo de pensiones.

En el caso bajo examen, sostuvo que no se aportó como elemento de prueba por parte de COLFONDOS con el cual se acreditará que cumplió con el deber de información de la afiliada sobre las consecuencias el traslado de régimen, en qué consistía el régimen de transición, la normatividad que más adelante se le iba aplicar, tampoco se le suministró el catálogo de deberes y obligaciones que tenía como afiliada, pues únicamente se limitó aportar como pruebas documentales la afiliación de la actora como el formulario, no cumpliendo lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, al no habérsele dado una asesoría especializada, completa, adecuada y suficiente al momento del traslado de régimen, tal normatividad concretamente el artículo 128 de la Ley 100 de 1993, no pudo ser aplicable en la materia, pues no se le informó de manera suficiente a la demandante, por lo que resultaría nula esa afiliación, resaltó que la falta de información se analizó únicamente teniendo en cuenta la normatividad vigente para la época, declarando de tal manera la ineficacia del traslado.

Paso seguido, se pronunció sobre el reconocimiento pensional, señalando que la demandante nació el 6 de mayo de 1959, es decir, que para el 1° de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, por lo tanto, gozaba del régimen de transición, que a folio 78 y 79 aparece reporte de semanas cotizadas de los años comprendidos entre el 16 de noviembre de 1983 al 31 de enero de 1999, en donde se informa que cotizó a COLPENSIONES 315, 71 semanas, que para el 29 de julio de 2005, entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no constaba con 750 semanas exigidas para mantener el régimen de transición, por lo que procedió a realizar el estudio de la pensión de vejez con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, indicando que la demandante cumplió los 57 años de edad el 6 de mayo de 2016, que en el RAIS acumula un total de 6.990 días que representan 998, 57 semanas que al sumarse las cotizadas en COLPENSIONES reúne un total de 1,314 semanas acreditando el número de semanas exigidas, reconociendo la pensión de vejez a partir de la fecha en que la demandante se desafilie del sistema, advirtiendo que la mesada deberá liquidarse con el promedio o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 últimos años del reconocimiento de la pensión o el promedio más favorable actualizado con base en el IPC según certificación que expida el DANE.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación estableciendo que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal al momento de la solicitud de retorno al régimen de prima media, esto es a la contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, y que manifiesta que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para el reconocimiento de la pensión, no se acredita tampoco los vicios del consentimiento respecto de las disposiciones del artículo 1740 del Código Civil, ni tampoco del artículo 1750 del Código Civil norma que señala el plazo para pedir la recisión que es de 4 años, por lo que la demandante al momento de la afiliación, esto es, el 10 de agosto de 1999, debió haber solicitado la nulidad para agosto de 2003.

En cuanto a la carga de la prueba solicita se revise que no existe prueba que permita verificar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de información, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 1604 del Código Civil habla de la responsabilidad del deudor, pese a que la alta Corporación no aplica las demás normas del Código Civil, sin analizar quien es el deudor y quien es el acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado quien debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las cargas, en tal sentido, el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba, por lo cual ruega se aplique el art 167 del CGP. Señala también que teniendo en cuenta que dentro del proceso no existe prueba en cuanto a vicio alguno, también resulta imposible probar el hecho ocurrido en 1998, esto es hace 21 años, por lo que nadie está obligado a lo imposible y además conforme al acervo probatorio no resulta probado que a la aquí demandante se le hubiere hecho incurrir en error o no se le hubiere suministrado la información pertinente sobre su derecho pensional.

Resalta que en cuanto al deber de información la Corte Suprema de Justicia utilizada como norma el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, en ese orden de ideas, los fondos solo contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre y voluntario, si bien la AFP debió de informar de manera suficiente a la actora esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional de la cual dependía sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco la sustraía de la aplicación de la ley para el tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida que su elección dependerán las condiciones de su cubrimiento, contingencias amparadas por el sistema de seguridad social en particular la de vejez lo que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

Solicita se tenga en cuenta la descapitalización del sistema que hace referencia las sentencia C 1024 2004, Su 062 de 2010 y Su 130 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, en donde se manifiesta que

nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados en materia obligatoria por los otros afiliados, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría. De manera subsidiaria, solicita que en caso de no acogerse a lo dicho se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de los aportes de la cuenta individual de la demandante como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y a los que hubiere lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada en el fondo priado, como quiera que no se podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice a la demandante en la respectiva base de datos, solicita no sea condena en costas teniendo en cuenta que no participó en el acto que resultó ineficaz.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual. Así mismo, se estudiará si la demandante cumple con los requisitos para la pensión de vejez y si operó o no la excepción de prescripción.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema

de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MYRIAM ROCIO BELTRÁN SALAZAR el 10 de agosto de 1998 (fl. 117), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. efectuando cotizaciones a partir del 1° de octubre de 1998 y donde se encuentra vinculada actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 16 de noviembre de 1983 al 31 de agosto de 1998, como se puede ver la historia laboral emitida por dicha entidad (fls. 78 a 79), para un total de

315,71 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida (fl.94).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. obrante a folio 117 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP COLFONDOS S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso, debe tenerse en cuenta que contrario a lo señalado por la accionada en el recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la actora buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarlo desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en dicho fondo, de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha

pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".*

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021).

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Pensión de vejez

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 6 de mayo de 1959 (fl.38), por lo que a la fecha cuenta con 62 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados en la norma.

En cuanto al segundo requisito, esto es las semanas de cotización, se tiene que de la historia laboral de COLPENSIONES la demandante acredita un total de **315,71 semanas** de cotización (fls.78 a 83) y en el RAIS conforme a la documental que milita a folio 40, COLFONDOS certifica que la actora en dicho régimen acumuló un total de **1,006 semanas** documento que no fue tachado, ni refutado por las partes, por lo que sumadas las cotizaciones efectuados en los dos regímenes pensionales la actora reúne un total de **1.321,71 semanas** de cotización lo que la hace acreedora a la pensión solicitada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, teniendo en cuenta que la demandante aún se encuentra activa en el sistema pensional como lo certifica COLFONDOS (fl.118), y como se puede ver del reporte de semanas cotizadas (fls. 41 a 46), el disfrute pensional lo será una vez se acredite su desafiliación al sistema, como lo tuvo por sentado el *a quo*. En este aspecto, solicita el recurrente que se aclare de la decisión de primera instancia respecto de que el reconocimiento pensional se podrá efectuar solo hasta tanto, la AFP COLFONDOS S.A. traslade en su totalidad los aportes de la actora, en consideración a lo solicitado, esta Sala de decisión mantendrá lo decidido por el *a quo*, toda vez que el reconocimiento de la pensión no puede quedar supeditado a tramites administrativos de las entidades, además de que COLPENSIONES tiene la facultad legal de cobrar independientemente del reconocimiento pensional.

En cuanto al cálculo de la **mesada pensional** se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral o los últimos 10 años dependiendo de cual le sea más favorable, al haber acreditado más de 1,250 semanas de cotización.

Costas

Solicita COLPENSIONES sea absuelta al pago de costas procesales, no obstante, al revisarse la decisión de primera instancia se tiene que la *a quo* no ordenó el pago de las mismas a cargo de dicha entidad, sino que las mismas se encuentra en cabeza de COLFONDOS S.A., por lo tanto, la solicitud resulta impróspera.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no resultó avante, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

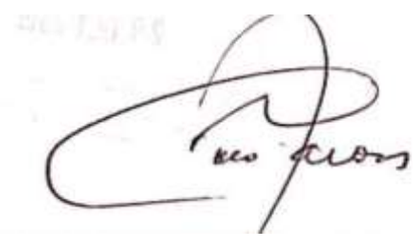
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

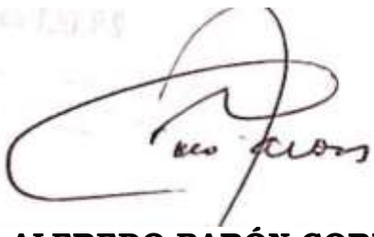


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de $900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ DE LOS SANTOS PERLAZA PINILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ DE LOS SANTOS PERLAZA PINILLO,** se **declare** la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con COLFONDOS S.A., por su incumplimiento de entregar la información oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital, que debía ahorrar para asegurar la mesada pensional que considerara adecuada en el momento de su retiro laboral, se **declare** que anulado el contrato de administración de aportes retorne al sistema de primera media administrado por COLPENSIONES, se **ordene** a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los aportes, rendimiento y demás sumas entregadas como aporte pensional para financiar su pensión en COLPENSIONES, se **condene** a COLFONDOS a pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de la pensión en el

sistema de prima media con prestación definida, se **declare** que COLFONDOS debe cancelar las agencias en derecho (fls. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3), señaló que nació el 13 de septiembre de 1961, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, que el 1° de julio de 1997, se traslado a COLFONDOS, que la información suministrada por COLFONDOS a través de sus asesores que era mucho mejor estar en un sistema de pensiones en el que uno podía definir su fecha de pensión sin necesitar de semanas acumuladas, ni edad, se le dijo que el ISS estaba debilitado en sus ahorros para responderle a todos los pensionados, razón por la cual fue necesario que la Ley 100 de 1993, creara los sistemas de régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, también se le dijo que podía pensionarse en cualquier momento, siempre y cuando hubiese ahorrado el 110% del capital que se necesitaba para pensionarse con un salario mínimo, sin embargo, nunca se le informó cuanto era capital que debía tener ahorrado para completar ese 110% del salario mínimo, de igual forma no le presentaron proyecciones sobre lo que debería ahorrar adicional a su salario, para establecer el capital suficiente que sería la base de lo que aspiraba recibir al final de su vida laboral, que los asesores de COLFONDOS nunca que le mencionaron que debía ahorrar por los menos un 20% de lo que se ganaba mensualmente, para poder tener un capital que diera la posibilidad de obtener una pensión digna, que solicitó por motivación propia ante COLFONDOS mediante derecho de petición información de lo que sería su realidad pensional, que diligenció formulario de afiliación a COLPENSIONES el 16 de marzo de 2019, que dicha entidad le respondió que no era procedente su traslado, ya que se encontraba a menos de 10 años para obtener su pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLFONDOS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 4 y 11, no constarle los numerales 3, 12 y 13; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago (fls. 69 a 88).

COLPENSIONES contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 12 y 13; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e innominada o genérica (fls. 101 a 114).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de febrero de 2020 (CD – fl. 130), **declaró** la nulidad de la afiliación que hiciera el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra COLFONDOS S.A. para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES, **condenó** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida, **condenó** COLFONDOS S.A. al pago de costas procesales en la suma de 1 SMLMV.

Como **fundamentó su decisión,** la *a quo* hizo referencia al criterio jurisprudencial que ha tenido por sentada la CSJ Sala laboral relacionada con la ineficacia del traslado, en donde ha advertido que la carga de la prueba está a cargo de las AFP cuando el afiliado manifiesta que no se le brindó la información debida, manifestando la sentenciadora que como pruebas relevantes aportadas al expediente aparece afiliación a la AFP COLFONDOS del 7 de agosto de 1997 e historia laboral del demandante a COLPENSIONES que demuestra que se afilió a dicha administradora desde el 1° de junio de 1988, de lo cual no se podía observar con claridad que la AFP le brindó una verdadera información, pues si bien dentro del formulario

de afiliación se encuentra que se firmó con consentimiento, no se acredita que el mismo lo fue informado, por lo que resultaba procedente declarar la nulidad de la afiliación, estableciéndose que el actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, debiendo COLFONDOS devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó el demandante a la COLFONDOS S.A. el 7 de agosto de 1997, declarada por la *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

"Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales."

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó la *a quo*, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

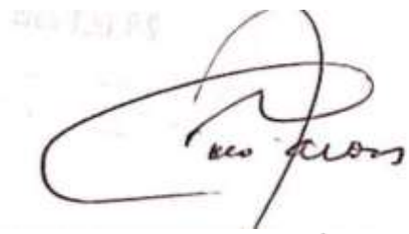
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

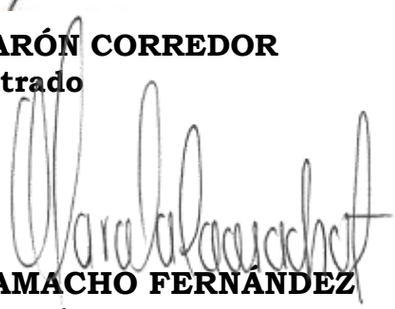
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consulta, proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ENRIQUE CHAVEZ TOLOSA CONTRA BANCO POPULAR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **CARLOS ENRIQUE CHAVEZ TOLOSA** solicita se **condene** al BANCO POPULAR S.A. a reliquidar y reajustar la cesantía definitiva que se efectuó el 30 de diciembre de 2013, se **condene** a reajustar y pagar los intereses a las cesantías, liquidados y dejados de liquidar el 30 de diciembre de 2013, se **condene** a la demandada a reliquidar, reajustar y pagar las primas de vacaciones convencionales y legales, indebidamente liquidadas y dejadas de pagar en el transcurso de la relación laboral, se **condene** a reliquidar, reajustar y pagar las vacaciones convencionales y legales indebidamente liquidadas en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación definitiva efectuada el 30 de diciembre de 2013, se **condene** a reliquidar y reajustar las primas de servicios indebidamente liquidadas, se **condene** a la demandada al pago de la indemnización moratoria como consecuencia de la indebida liquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, primas de vacaciones y prestaciones sociales, se **condene** a la demandada a reconocer la indexación. De manera subsidiaria, solicita se

condene a reliquidar y reajustar las primas legales de servicios semestrales de junio y diciembre liquidadas indebidamente en la liquidación definitiva de cesantías y prestaciones sociales efectuada al demandante el 30 de diciembre de 2013, se **condene** a reliquidar y reajustar las vacaciones legales y convencionales liquidadas indebidamente en la liquidación definitiva de cesantías y prestaciones sociales, efectuada el 30 de diciembre de 2013, se **condene** reliquidar y reajustar las primas de vacaciones convencionales y legales indebidamente liquidadas y dejadas de pagar, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 3 a 4).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 4 a 9 del plenario en los cuales se manifestó que ingresó a laborar al BANCO POPULAR el 15 de septiembre de 1970, como trabajador oficial, relación contractual que tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013, que la demandada reconoció en la cesantía definitiva un sueldo básico de $2.879.079, que la demandada liquidó la cesantía final o definitiva con un salario base de $4.646.746,47, que la cesantía bruta liquidada por la demandada fue de $157.989.380,35, que la demandada liquidó en la liquidación definitiva de cesantías la suma de $5.274.461,40 a título de intereses a las cesantías, sobre la base de $43.953.845, que en la liquidación final de cesantías y prestaciones sociales, el Banco de las cesantías bruta dedujo la suma de $114.035.535,35 a título de pagos parciales, que la demandada liquidó al demandante como cesantía neta la suma de $43.953.845, que la demandada reconoció y pago a título de vacaciones finales la suma de $1.587.942,17, que la demandada tomó como factor base de liquidación de las cesantías a título de prima de vacaciones la suma de $391.874,64, que la demandada reconoció y pagó en la liquidación final de cesantías por concepto de prima extra anual la suma de $119.961,63 como factor de liquidación, que le BANCO POPULAR ha suscrito y tiene vigente convenciones colectivas de trabajo suscritas periódicamente con el sindicato de representantes a los trabajadores de la entidad, que a la fecha de la terminación del contrato se encontraban vigentes las normas convencionales pactadas, que durante el transcurso de la relación laboral fue afiliado a la

UNEB y fue beneficiario legal de las convenciones colectivas de trabajo, que la demandada reconoció y pagó nominal y mensualmente en el último año de servicios el auxilio de alimentación en la suma de $161.495 y el auxilio de transporte en la suma de $280.888, pactados en los artículos 10 y 11 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1° de diciembre de 2011, que además del sueldo básico devengaba anualmente una prima de servicios equivalente a 90 días de salario (art. 12 convención colectiva 2005), además del sueldo básico devengaba anualmente una prima extralegal equivalente a 15 días de sueldo (art. 12 convención colectiva 1980), además del sueldo básico devengaba anualmente una prima extralegal semestral equivalente a 30 días de salario (art. 11 convención colectiva 16 de diciembre de 1999), además del sueldo básico devengaba anualmente una prima convencional de vacaciones equivalente a 49 días de salario (art. 26 convención colectiva del 6 de marzo de 1999), además del sueldo básico devengaba anualmente una prima arbitral equivalente a 15 días de salario (7.4 días de salario en junio y 7.5 días de salario en el mes de diciembre (art. 8 L.A. del 26/07/1974), que a la fecha de terminación del contrato la prima de servicios pactada convencionalmente es equivalente a 3 meses de salario anuales, que en el transcurso de la relación laboral, ni en la liquidación final de cesantías y prestaciones sociales efectuadas, el Banco no tuvo en cuenta los pagos efectuados por concepto de primas de vacaciones convencionales pagadas como factor salarial para la liquidación de la prima de servicios, que el Banco omitió liquidar y pagar prima de servicios convencionales conforme al salario promedio devengado en cada periodo semestral en junio y diciembre de cada año, que la demandada en el transcurso de la relación laboral omitió liquidar la prima de servicios, incluyendo la prima de vacaciones convencional y la prima de vacaciones legal, como factor salarial, que la prima de servicios fueron indebidamente liquidadas por el Banco en el transcurso de la relación laboral al omitir el 100% de los auxilios de alimentación y auxilio de transporte.

Añade que a partir del año 1990, percibía una prima convencional de vacaciones de 49 días de salario por haber cumplido 15 años de servicios, que en la liquidación final de cesantías la demandada liquidó las vacaciones

considerando solamente el sueldo básico mensual de $2.879.079 y un sueldo básico diario de $95.969,30, que el Banco omitió liquidar y pagar proporcionalmente la prima de vacaciones convencional en la liquidación definitiva de cesantías hasta la fecha de terminación del contrato sobre el salario real, que la demandad durante toda la relación laboral omitió cancelarle prima legal de vacaciones con la inclusión de la prima de servicios, que en el transcurso de la relación laboral la demandada al efectuar la liquidación y pago de las primas legales y extralegales; y vacaciones omitió como factor salarial el auxilio convencional de alimentación y auxilio convencional de transporte, que en la liquidación definitiva de cesantías la demandada no tuvo en cuenta los factores salariales que se rige en el sector privado, que la demandada al efectuar la liquidación fina de cesantías y prestaciones sociales omitió tener como sueldo básico mensual la suma de $3.121.462 que incluye el sueldo básico mensual ($2.879.079), el auxilio convencional mensual de alimentación ($161.495) y el auxilio convencional mensual de transporte ($80.000), que la demandada omitió deliberadamente liquidar la cesantía final de la demandante conforme a lo dispuesto en el artículo 249 del CST y método tradicional de liquidación, considerando un total de tiempo de 15.801 días, que la demandada en la liquidación final de cesantías indebidamente tuvo en cuenta sólo 15.517 días laborados cuando en realidad los días laborados fueron 15.801 días, que el Banco liquidó y pagó directamente al demandante, tanto las cesantías parciales como la definitiva, por lo tanto, nunca estuvo vinculado al Fondo Nacional del Ahorro, ni al Fondo Privado de Cesantías.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **BANCO POPULAR S.A.** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 7, 9 a 12, 14, 15, 18, 19, 21, 33, 47, 52, 53, 69 a 72; en cuanto a los demás dijo no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido y genérica (fls. 1 a 18 cuaderno 2).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 4 de julio de 2019, el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones propuestas por el Banco Popular y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de $600.000 **(CD fl.498).**

Como argumento de su decisión, señala el *a quo* que no existía controversia respecto a la relación laboral que existió entre las partes y extremos laborales, pero si respecto al salario promedio para liquidar las prestaciones sociales dado que el demandante indica que corresponde por lo menos a la suma de $4.646.746,47, hace relación a la prueba documental señalando que a folio 12 del cuaderno 1 y 58 del cuaderno 2, obra liquidación definitiva del contrato en donde se relaciona como salario básico la suma de $2.879.079 y se observa que para la liquidación de cesantías se tuvo en cuenta como salario la suma de $4.646.746,47, a folio 28 a 33 del cuaderno 2, obran copias de las comunicaciones y certificación laboral de las cuales se desprende que el salario básico devengado por el actor para el año 2013 fue de $2.879.079, a folio 38 obra factores a tener en cuenta para la liquidación de cesantías donde se reflejan los salarios y cada uno de los conceptos que percibía el demandante; y liquidación detalladas de las operaciones aritméticas realizadas por el Banco para la liquidación de cesantías, a folio 39 a 53 obra cuaderno 2 obran los valores devengados por el actor desde 1970 hasta el año 2013, a folio 60 a 62 militan la liquidación de cesantías parciales de los años 2008 a 2011, a folio 68 a 91 cuaderno 2 la liquidación de vacaciones pagadas de los años 2007 a 2011 y primas de los años 2009 a 2013.

Conforme a lo anterior, refiere el *a quo* que en cuanto a la reliquidación solicitada, manifestaba la parte actora que laboró por más de 40 años y que para el momento de su retiro tenía un salario base de liquidación de cesantías de $4.646.746,47, en su lugar el BANCO POPULAR sostiene que el salario señalado fue con el cual se liquidó las cesantías definitivas que

correspondió a los devengos percibidos en el último año, es decir, del 31 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2013, conforme lo dispone la convención colectiva de trabajo, a folio 12 cuaderno 1 y 58 cuaderno 2 obra la reliquidación definitiva del contrato a término indefinido en donde se relaciona como salario básico mensual la suma de $2.879.079 y se observa que para la liquidación de cesantías se tuvo en cuenta la suma de $4.646.746,47, a folio 28 y 53 obra copia de la certificación laboral de la cual se desprende que el salario básico devengado por el actor para el año 2013, último año laborado es la suma de $2.879.079, folio 131 a 153 cuaderno 2 obra convención colectiva de trabajo celebrada entre el Banco Popular y el sindicato de trabajadores de dicha entidad, en el artículo 19 se determinó el procedimiento para liquidar cesantías teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último años de servicios, frente a lo cual se observaba que el banco para la liquidación de cesantías tuvo en cuenta la suma de $4.646.746,47 como salario base, teniendo cuenda como primer factor el salario base, segundo factor los viáticos y como tercer factor la prima extra anual, prima extra diciembre semestral, prima extra de junio semestral, prima de servicios diciembre, prima de servicios de junio y prima de vacaciones.

Sobre la prima de vacaciones y su incidencia salarial, sostuvo el sentenciador que de acuerdo a la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Banco Popular y el sindicato en marzo de 1990 (fl.254), consagra en su artículo 26 prima de vacaciones, que de las diferente convenciones colectivas de trabajo que se allegaron se debía tener como referente la última firmada correspondiente a la del año 2011 y de la cual se transcribió la parte que interesa a este asunto, como puede verse del parágrafo del artículo 26, en el cual se dispuso que esta prima se paga únicamente en el momento en que el trabajador entra a disfrutar las vacaciones, condición que se había mantenido en las convenciones colectivas anteriores, situación que no ocurre del mismo modo en el sector privado, pues en este caso se rige por los artículos 127 y 128 del CST donde específica que debe entender por salario y que no, de modo que, la prestación referida por regla general tiene carácter salaria, sin embargo, conforme al artículo 128 del CST no es factible darle

carácter salarial a la prima de vacaciones reconocida por el Banco, pues en la convención colectiva de trabajo se dispuso expresamente que estas se obtienen cuando se disfruta de las vacaciones, más no se previó para cuando se reclama la compensación en dinero.

Aduce que debe tenerse en cuenta que las vacaciones no son una prestación social, ni factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales precisamente por su naturaleza jurídica habida consideración de que no se pagan como consecuencia de un servicio prestado, sino con ocasión de un descanso el cual es remunerado.

RECURSO APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la **parte demandante** interpuso recurso de apelación indicando que la demandada al dar contestación presentó una documental relacionada con las características propias del régimen legal que tiene en la actualidad el banco demandado, como la que tuvo antes de su privatización en diciembre de 1996, lo primero que se resalta de la documental aportada es que el Banco presenta la certificación del revisor fiscal probando que la Nación vendió las acciones representaban el 80% del capital social del Banco el 21 de noviembre de 1996, donde se certifica que la actual composición accionaria del Banco al 31 de diciembre de 2001, el 83% lo tienen particulares y la República de Colombia tiene el 13,28%, el Departamento y Municipio; y otras entidades oficiales el 3,62%, que con la certificación de la Superintendencia Financiera obrante en el plenario se prueba que la entidad modificó su condición legal de sociedad de economía mixta a sociedad comercial anónima mediante escritura 5901 del 4 de diciembre de 1996, en la notaria 11 de la ciudad de Cali, en donde se protocolizó la venta de las acciones.

Agrega, que se encuentra probado que la demandada es una entidad de económica mixta hasta la protocolización, traspaso y venta de la Nación, que el Decreto 1050 de 1968 precisaba para 1980, en su artículo 8° que las características de las sociedades de economía mixta como organismos

constituidos bajo las formas de sociedad comerciales con aportes estatales de capital privado guiados por la ley u autorizados por está, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, el Decreto 3118 de 1968, por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro discriminó que las entidades vinculadas debían liquidar y entregar las cesantías conforme a las disposiciones de dicho Decreto y que dicha obligación solamente estaría restringida a los establecimientos públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del Orden Nacional.

En consideración a lo anterior, la parte demandada no probó de conformidad a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP que el demandante estuvo afiliado al Fondo Nacional del Ahorro o a CAJANAL, así mismo, debió probar el cumplimiento los artículos 28, 29, 33, 47, 49 y 50 del Decreto 3118 de 1968, para demostrar la validez y eficacia de la ilegal congelación de cesantías efectuada al demandante en el año 1979, lo anterior para poderse predicar que dicho Decreto le aplicaba al demandante para efectos de la alegada congelación de las cesantías, dado lo probado documentalmente se demuestra que el banco era una empresa de economía mixta, por lo cual no estaba sometida legalmente a la aplicación del Decreto 3118 de 1968, en consecuencia debió liquidar las cesantías del actor conforme a las reglas del derecho privado las del CST. Por lo tanto, debe tenerse de presente que el actor nunca se acogió a la Ley 50 de 1990, para efectos de sus cesantías, nunca renunció a la retroactividad de las cesantías, ni la demandada demostró tal circunstancia, por lo cual procede la aplicación de la normativa sustantiva laboral. Además, que la demandante se le dedujo el tiempo laborado desde el 1° de enero año 1976 hasta el 31 diciembre de 1976, esto es 69 días, el mismo tiempo del número de días para liquidar el monto final de las cesantías que fue deducido, lo cual indica que los 69 días fueron descontados dos veces, la primera vez en el año 1976 y la segunda vez en la liquidación definitiva.

Arguye que el Juez no dio aplicación a los principios laborales ya que el fallo se limitó únicamente a establecer que la prima de vacaciones no era factor

de salario olvidándose efectuar el análisis de la prueba documental, pues no se hizo ninguna precisión sobre el concepto de salario y el indebido proceder del Banco de liquidar con base en el sueldo básico a las primas de vacaciones, primas legales extra legales y primas de servicios, sin entender que el salario ordinario se encuentra regulado en el art 127 del CST desconociendo la jurisprudencia de la CSJ y Corte Constitucional donde se ha estudiado con mayor exactitud el concepto de salario, diferenciándolo del concepto de sueldo que es la asignación básica mensual correspondiente al cargo u oficio, sin prestaciones legales o extralegales conforme a lo indicado en el art 133 del CST, mientras que el salario ordinario es aquel contenido en el art 127 CST. Sostiene que la convención colectiva suscrita el 18 de octubre de 2005, en su artículo 12 consagra cuando la prima de servicios convencional debe liquidarse con salario y cuando con sueldo, estableciendo que, a los trabajadores vinculados hasta 31 de diciembre de 1999, se les debe liquidar esta prestación con salario, tanto a los ingresaron a partir del 1° de enero de 2000, se debe liquidar con el sueldo básico.

Se ignoró por parte del *a quo* que el auxilio de transporte por mandato legal y convencional es factor de salario, no se hizo ningún pronunciamiento respecto del principio de congruencia entorno a la prima semestral convencional estipulado en el parágrafo 1° del artículo 11 de la convención de 1999, el fallador omitió analizar que la demandada no trae prueba documental del pago de la prima semestral convencional de junio y diciembre de cada año que debió cancelar al demandante a partir del año 2000, pues de los recibos de pago aportados y de la copia de acumulados de nómina no se aprecia el pago de dicha prima, no se aprecia que la demandada se limitó a pagar al demandante aunque indebidamente liquidada la prima extralegal semestral en los últimos 5 días de mayo y noviembre de cada año conforme lo regula el párrafo segundo del articulo 11 de la convención colectiva del 16 de diciembre de 1994, no se tuvo en cuenta que la demandada liquidó indebidamente las primas de vacaciones sobre el sueldo básico mensual, cuando la norma convencional establece que debe liquidarse sobre el salario ordinario o legal dentro del cual se encuentra el auxilio de alimentación y transporte que son factor salarial, se encuentra probado a través de la

prueba testimonial que el banco líquido y pago las vacaciones legales y prima de vacaciones convencionalmente establecidas tomando únicamente el sueldo básico y no sobre el salario ordinario ordenado en la convención colectiva.

Finalmente, señala que en cuanto a la liquidación de las cesantías se tiene que de acuerdo a la liquidación la prima extra legal anual liquidada sobre $119.961 corresponde a una doceava de $1.439.539,50 pagada en noviembre de 2013, la cual fue liquidada sobre el sueldo básico únicamente, el factor denominado prima extra diciembre semestral liquidado sobre $119.961,63 se encuentra indebidamente liquidado por cuanto no se tomó una doceava de $1.439.000 pagado en noviembre y liquidado sobre el sueldo básico y no sobre el salario que dividido por 12 arroja dicha suma sin incluir los viáticos, el factor denominado prima extra junio semestral liquidado sobre $119.963 se encuentra indebidamente liquidada por cuanto se tomó $143.953,50 pagado en mayo de 2013, esta prestación en realidad corresponde a $182.86,21, el factor prima de servicios fue liquidado sin incluirse la totalidad de los viáticos devengados por el demandante en el año comprendido entre el 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013, el factor denominado prima de servicios se encuentra indebidamente liquidado por cuanto no se tuvo en cuenta la totalidad de los viáticos que devengo en el ultimo año de servicios, el factor prima de vacaciones liquidado sobre $391.874 se encuentra indebidamente liquidado por cuanto la prima de vacaciones pagada en diciembre de 2013, fue liquidada con base en el salario básico mensual y no con el salario.

CONSIDERACIONES

Previó a plantear los problemas jurídicos a resolver en el presente caso, es de advertir que los mismos se determinaran en estricta consonancia con el recurso de apelación que fue sustentado en primera instancia, sin que sea dable tener en cuenta los escritos presentados con posterioridad, como quiera que, de conformidad con el artículo 66 del CPL y de la S.S. dispone que la sustentación del recurso se hará de manera oral ante el Juez de primer grado.

Así mismo, se tiene que de acuerdo a los argumentos esbozados en el recurso de alzada y a lo decidido por el *a quo*, el sentenciador de primera instancia omitió pronunciarse sobre varios aspectos que fueron señalados en los hechos de la demanda que fundamentaban las pretensiones solicitadas, sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 287 del CGP que señala: "*El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior* ***siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado****; pero sí dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria".* Por lo tanto, esta Corporación se encuentra habilitada a pronunciarse sobre los temas dejados de analizar en primera instancia, como quiera que fueron recurridos por la parte actora.

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a plantear los problemas jurídicos que serán resueltos:

-Determinar si el auxilio de alimentación y auxilio de transporte tienen carácter salarial.
- Establecer si el Banco demandado liquidó en debida forma las cesantías definitivas.
-Si debe reliquidarse las prestaciones convencionales, como prima semestral anual, prima extralegal de junio y diciembre; y prima de servicios de junio y prima de vacaciones.
-verificar si se pagó la prima semestral convencional de junio y diciembre durante la relación laboral.
-Se estudiará si la entidad demandada tuvo en cuenta los viáticos al momento de la liquidación de prestaciones.
- Por último, se determinará si operó o no el fenómeno prescriptivo y si hay lugar a la indexación.

NATURALEZA JURIDICA DEL BANCO POPULAR - CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL

El Banco Popular fue constituido el 3 de noviembre de 1950, como una sociedad anónima de economía mixta, de acuerdo a la dispuesto en el Decreto 2143 de 1950, sin embargo, conforme a la certificación obrante a folio 100 a 101 cuaderno 2 del plenario, se constata que el 21 de noviembre de 1996, la Nación vendió sus acciones, por lo que el 4 de diciembre de la misma anualidad, la entidad financiera modificó su naturaleza jurídica a Sociedad Comercial Anónima, es decir, paso a ser sujeto de derecho privado.

Ahora bien, teniendo en cuenta, que de acuerdo a las documentales aportadas, se evidencia que la trabajador dejó de prestar sus servicios el 31 de diciembre de 2013 (fl.37 cuaderno 2), fecha para la cual la entidad financiera ya no era una entidad pública, por lo que no puede entenderse que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial durante toda la relación laboral, por tanto, es claro para la Sala, que no es posible dar aplicación a ninguna de las normas aplicables a los trabajadores oficiales, para la reliquidación de las prestaciones, pues se reitera que el actor a la terminación de la relación laboral, no ostentaba la calidad de trabajador oficial, sino de trabajador particular. Así las cosas, se procederá al estudio de las pretensiones, bajo las normas de derecho privado.

RELACIÓN LABORAL

No existe controversia, en cuanto a que la relación laboral que ató a las partes, el cual lo fue través de un contrato de trabajo que inició el 15 de septiembre de 1970 y finalizó el 31 de diciembre de 2013, desempeñando como último cargo el de Auditor de la Gerencia de Auditoría interna adscrita la casa Matriz de Bogotá, con un salario básico de $2.879.079,como se colige de las documentales obrantes a folios 20 a 37 cuaderno 2, tampoco existe discusión, frente a que el trabajador sea beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el Banco Popular y Sintrapopular y la Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB” (fls.111 a 368).

INCIDENCIA SALARIAL DEL AUXILIO DE TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN

La parte actora considera que el reconocimiento del auxilio de alimentación y de transporte por parte de la entidad demandada y las cuales fueron incorporadas en la convención colectiva de 1980 en los artículos 10 y 11 (fls.157), tenían incidencia salarial. Verificada la normatividad convencional, se tiene que la misma estableció inicialmente:

*"**Artículo 10: AUXILIO DE TRANSPORTE**:*

a.) El Banco Popular pagará a sus empleados que laboren en Bogotá, ciudades capitales del Departamento y ciudades con más de 75.000 habitantes a partir de la fecha en que comienza a regir la presente convención, por concepto de auxilio de transporte, la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($250.oo) MCTE, mensuales.

b.) A partir del 1° de enero de 1981 el Banco Popular pagará a sus empleados que laboren en Bogotá, capitales del Departamento y en las ciudades con más de 75.000 habitantes, un auxilio de transporte de TRESCIENTOS PESOS ($300.oo) MCTE, mensuales".

*"**Artículo 11 AUXILIO DE ALIMENTACIÓN**:*

a.) A partir del 1° de enero de 1980, el Banco Popular pagará a cada uno de los trabajadores que laboren en jornada continua conforme a la organización de la entidad, un auxilio de alimentación equivalente a CINCUENTA PESOS ($50.oo) MCTE, por cada día de trabajo.

b.) A partir del 1° de enero de 1981, el Banco Popular pagará a cada uno de los trabajadores que labore en jornada continua conforme a la organización de la entidad, un auxilio de alimentación equivalente a CINCUENTA Y CINCO PESOS ($55.oo) MCTE, por cada día de trabajo".

El anterior reconocimiento convencional se mantuvo hasta que la demandante terminó su relación laboral con la entidad demandada, siendo modificada únicamente en sus valores como se observa de la convención colectiva 2011-2014 (fl.341 a 368).

Los **artículos 127 y 128 del C.S.T.** establece que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. No constituyen salario, las sumas que

ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

De otro lado, la CSJ SL en sentencia **SL 5159 de 2018**, ha explicado que toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido, es decir, todo lo que retribuya su trabajo se considera salario. *"Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo, como: (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*".

También ha referido la alta Corporación en algunas oportunidades que debe observarse la **habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277**. Insistiendo en que, debe determinarse si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido, es decir, si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

Para el presente caso, encuentra la Sala que el **auxilio de alimentación si tiene incidencia salarial** por cuanto las partes no lo excluyeron taxativamente, pero demás debe considerarse que dicho rubro sí ingreso al patrimonio de la demandante como contraprestación de su servicio, pues

cancelado de manera periódica como se demuestra a folios 39 a 53, lo cual **no ocurre con el auxilio de trasporte** ya que si bien, tampoco existe pacto de exclusión, lo cierto es que el mismo era necesario para que el actor desarrollara las funciones contratadas por el Banco, pues al desempeñar el cargo de Auditor de la Gerencia de Auditoría interna adscrita la casa Matriz de Bogotá era necesario su desplazamiento de la oficina, tal y como lo advirtiera la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 15 de junio de 2016, radicado 45050.

Prescripción y reliquidación de primas extralegales

Teniendo en cuenta que la entidad demandada no incluyó el auxilio de alimentación como factor salarial para la liquidación de las primas extralegales, es necesario, verificar si operó o no el fenómeno prescriptivo, previó a reliquidar las prestaciones reconocidas. Se tiene que, el artículo 151 del CPL y de la SS y 488 del CST, establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, los cuales se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, así mismo, indican que el simple reclamó hecho al empleador interrumpe el término prescriptivo.

Verificado el expediente se tiene que el demandante terminó su relación laboral con la demandada el **31 de diciembre de 2013**, por lo que, a partir de dicha data, contaba con 3 años para interrumpir la prescripción, a folio 54 cuaderno 2 se encuentra reclamación presentada ante la entidad demandada de fecha **18 de noviembre de 2016**, interrumpiendo de tal manera el fenómeno prescriptivo y la demanda se radicó el 3 de marzo de 2017 (fl.127), de manera que se encuentran **prescritas las primas anteriores al 18 de noviembre de 2013.**

La **prima de vacaciones** conforme al artículo 26 de la Convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1990- 1991 (fl. 254) y el tiempo de servicios de la demandante corresponde a **49 días de salario**, pues como se dijo en antelación el actor prestó sus servicios laborales a favor del Banco por el lapso de 43 años, 3 meses y 16 días. Mientras que la **prima de servicios**

convencional, tal como lo dispone el artículo 12 de la norma convencional vigente en los años 2006-2008 (fl. 292) corresponde a **mes y medio de salario en los meses de junio y diciembre.**

Precisado lo anterior, se tiene que sólo hay lugar a reliquidar las primas extralegales correspondientes al año 2013, en cuanto a la **prima de vacaciones**: el salario básico para dicha anualidad corresponde a $2.879.079, a lo cual se le suma el valor de la **prima de alimentación** que conforme a la misiva del folio 38 corresponde a la suma de $161.495, obteniendo como salario la suma de **$3.040.574**, así el valor real de la **prima de vacaciones** asciende a la suma de **$4.966.271** (49 días de salario), pero conforme a la liquidación del folio 58, la pasiva canceló $4.702.495,70, quedando un saldo a favor del actor por la suma de **$263.775.3,** que se reconocerán en esta sentencia.

Ahora, en lo que respecta a la **prima de servicios convencional**, verificada la liquidación señalada en la documental a folio 38, se tiene que la entidad demandada efectuó la liquidación de dicho concepto así:

> *"valor prima de servicios convencional 1er semestre año 2013 en 180 días: $3.091.837,43*
> *Valor prima de servicios convencional 2do semestre año 2013 en 180 días: $3.121.462,02*
> *Total, prima servicios convencionales: $6.213.299,45/ 12: $517.774,95"*

Reconociendo en la liquidación final folio 58, para la prima de servicios de diciembre $260.121,84 y para la prima de junio $257.653,12, que total suman $517.774,95, de manera que como se puede ver de la liquidación citada, la entidad demandada no la liquidó sobre el salario básico, pues recuérdese que éste ascendía a la suma de $2.879.079, sino que lo hizo sobre las sumas de $3.091.837,43 y $3.121.462,02, por lo que no habría lugar a ordenar reliquidación alguna, pues se entiende que se incluyó el auxilio de alimentación como factor salarial.

Prima extralegal semestral

Conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la convención colectiva de 1980 (fl.160), esta corresponde a 15 días de salario ordinario, pagaderos 7.5 días

en el mes de junio y 7.5 días en el mes de diciembre, ya determinado que el salario real devengado por el actor incluyéndose el auxilio de alimentación para el año 2013, ascendió a la suma de **$3.040.574,** nota la Sala que la liquidación efectuada por el Banco a folio 38, tuvo en cuenta los 15 días de salario sobre la suma de $2.879.079, por consiguiente efectuadas las sumas aritméticas teniendo en cuenta el salario real, el valor por este concepto corresponde a la suma de $253.381,16, que al restarse la suma reconocida por la demandada y que correspondió a $239.923,25, quedaría un saldo a favor del actor en la suma de **$13.457,91.**

Prima extralegal anual

El artículo 10 de la convención colectiva de 1999 (fl.268), establece que la misma corresponde a una prima extralegal en el mes de diciembre equivalente a medio sueldo, verificada la suma cancelada por el banco accionado, se tiene que lo fue por la suma de $119.961,63, cuando en realidad debió ser $126.691, por lo tanto, se adeuda la suma de **$6.729,37.**

RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍA DEFINITIVA E INTERÉS A LA CESANTÍA

Previo a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, el artículo 249 del CST, vigente al momento del inicio de la relación laboral, esto es, 15 de septiembre de 1970, en su tenor literal contemplaba: *«Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año»,* norma que en el presente asunto es aplicable, como lo ha establecido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en Sentencia SL 6552del 18 de mayo de 2016 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en la que enseñó:

> *«Efectivamente, el juez de alzada, al revisar la liquidación del auxilio de cesantía realizada por el a quo, de conformidad con el alcance de la apelación de la parte activa, aplicó la Ley 50 de 1990, sin hacer consideración distinta a la de sostener que la exigibilidad de las cesantías "comienza el 15 de febrero del año siguiente a aquel en que*

se causan", e indicó que, por los años 1998, 1999, 2000 y la fracción proporcional de 164 días de 2001, le correspondía al actor la suma de $17'800.000,oo; lo que denota, de inmediato, que ***el juzgador se olvidó del extremo inicial de la relación laboral, 1º de junio de 1982, establecido por el juez del circuito y tomado por él; pues, de haberlo tenido presente, habría aplicado el régimen de cesantías tradicional, del artículo 249 del CST, anterior a la Ley 50 de 1990, dado que nada se dijo por las partes de que el actor había renunciado a la retroactividad de las cesantías».***

Ahora bien, el artículo 19 de la Convención Colectiva suscrita en el año 1981, señala los factores a tener en cuenta para la liquidación de las cesantías, así:

> ***"ARTÍCULO 19º. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA.*** *A partir de la fecha de vigencia de la presente Convención Colectiva y con sujeción a las condiciones previstas en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1 de febrero de 1980, el Banco Popular liquidará y pagará el auxilio de cesantía de todos sus trabajadores tomando como base los factores siguientes:*
>
> 1. *Un primer factor integrado por el último salario ordinario que éste devengando el trabajador, sumado el valor mensual de los gastos de representación, auxilio legal convencional de transporte, auxilio convencional de alimentación, primas técnicas y primas de estadía, si las tuviere asignadas el empleado en la fecha de liquidación parcial o definitiva.*
>
> 2. *Un segundo factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de horas extras, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, viáticos y honorarios.*
>
> 3. *Un tercer factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción del año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de primas de servicio (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones.*

Sobre el particular, el demandante solicita reliquiden sus cesantías por cuanto, para la liquidación final de estas no se tuvo en cuenta el auxilio de alimentación, transporte convencionales y prima de vacaciones, empero, al plenario fue allegada copia de los factores constitutivos del salario base para

la liquidación de las cesantías del trabajador a folio 38 cuaderno 2, que no fue tachada ni reargüida de falsa en la oportunidad procesal pertinente, en la que se estipula:

FACTOR 1	**VALOR**
Sueldo	$2.879.079
Auxilio de alimentación	$161.495
Auxilio de transporte	$80.888
Prima de estadía	0,00
Total FACTOR 1	**$3.121.462**
FACTOR 2	
Horas extras, causadas durante el último año	0,00
Viáticos, causados durante el último año=3.069.000%12=	$255.750
Total FACTOR 2	**$255.750**
FACTOR 3	
Prima de Servicios Convencional/12	$517.774,95
Prima Extralegal Semestral/12	$239.923,25
Prima Extralegal Anual/12	$119.961,63
Prima de Vacaciones /12	$391.874,64
Total FACTOR 3	**$1.269.534,47**
GRAN TOTAL TRES (3) FACTORES = Salario Base	**$4.646.746,47**

De este modo encuentra la Sala que la pasiva si tuvo en cuenta lo auxilios de transporte y de alimentación, así como la prima de vacaciones para la liquidación de las cesantías, además que la misma cumple con los presupuestos dados en el artículo 19 convencional.

Observa la Sala que a folio 161 del expediente obra convención Colectiva de 1980, que en su artículo 15 refiere que el Banco Popular procedió a liquidar y congelar las cesantías de sus trabajadores y los intereses de las mismas causados hasta el 31 de diciembre de 1979, con base en las normas contenidas en el Decreto 3118 de 1968, si bien la parte actora manifiesta que la parte demandada no probó de conformidad a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP que el demandante estuvo afiliado al Fondo Nacional del Ahorro o a CAJANAL, como tampoco probó el cumplimiento de los artículos 28, 29, 33, 47, 49 y 50 del Decreto 3118 de 1968, para demostrar la validez y eficacia de la ilegal congelación de cesantías efectuada en el año 1979, lo cierto es que verificada la liquidación final de prestaciones que milita a folio 35 del cuaderno 2, se puede ver que la entidad demandada sí tuvo en cuenta el periodo que fue congelado, pues dentro de la misma se establece *"cesantía congelada: 7,591,39",* suma que coincide con la resolución No. 1421 de 1980, en donde se estipuló el valor de la cesantía congelada (fl.57), si bien el total

de días laborados por el actor fueron 15,586 y la accionada liquidó sobre 15,517, advirtiendo que deducía 69 días por ausentismo, ello lo justifica con lo dispuesto en la resolución No. 00945 del 19 de marzo de 1976 (fls. 23 a 27), en donde se declaró la ilegalidad de la suspensión colectiva de labores que venían realizando los trabajadores, aduciendo el Banco demandado en el hecho 59 de la contestación de la demanda que ese descuento de los 69 días se debió por el cese de actividades de huelga del año 1976, situación que encuentra amparada por el artículo 53 del CST ***en el cual se establece*** *"durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones".* Conforme a ello, queda demostrado que los días descontados en la liquidación final de cesantías no correspondió a la congelación dicha por el recurrente, sino por una causa legal válidamente acreditada.

Empero, teniendo en cuenta que fue reliquidado el salario básico mensual del actor, pues se incluyó el auxilio de alimentación como factor salarial, surge la reliquidación de cesantías respecto del factor 3 que dispone la norma convencional, quedando la misma de la siguiente manera:

FACTOR 3	
Prima de Servicios Convencional/12	$517.774,95
Prima Extralegal Semestral/12	$253.381,16
Prima Extralegal Anual/12	$126.691
Prima de Vacaciones /12	$413.855,91
Total FACTOR 3	**$1.311.703,02**
GRAN TOTAL TRES (3) FACTORES = Salario Base	**$4.688.915,02**
Menos valor reconocido por el Banco	**$4.646.746,47**
Valor a favor del actor por cesantías	**$42.168,55**

Prima semestral convencional

Refiere el apelante que, durante la relación laboral, no se canceló ningún valor por este concepto. No obstante, revisados los folios 39 a 53 que

corresponden a los conceptos que fueron cancelados a favor del actor durante la vigencia de la relación laboral, se observa que dentro de las mismas se encuentra cancelado dicho factor, por lo tanto, no hay lugar a que los mismos sean reconocidos.

Viáticos

Sostiene la parte actora que las liquidaciones efectuadas por le Banco no tuvieron en cuenta el valor correspondiente a los viáticos, sin embargo, verificadas las mismas se tiene que dicho concepto sí fue incluido, no habiendo lugar a agregarlos nuevamente.

Indexación

Finalmente, cabe señalar que las sumas acá reconocidas se deberán cancelar de manera indexada dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y que de manera amplia lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Rad. 39.130 del 28 de agosto del 2012.

Por lo anterior, se **revocará** parcialmente la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que prosperó parcialmente el recurso de alzada, las de primera estarán a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR 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 la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar de **DECLARAR** que el

auxilio de alimentación que fue percibido por el actor durante la vigencia de la relación laboral era constitutivo de salario.

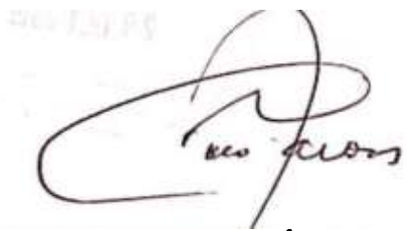
SEGUNDO: CONDENAR al BANCO POPULAR S.A. a reconocer a favor del demandante los siguientes valores adicionales, debidamente indexados:

- Prima de vacaciones: $263.775,3
-Prima extralegal anual: $6.729,37
-Prima extralegal semestral: $13.457,91
-Cesantías: $42.168,55

TECERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANGELA PATRICIA MANRIQUE NIÑO contra JORGE PATRICIA ÁVILA

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **ANGELA PATRICIA MANRIQUE NIÑO** solicita se **declare** que existió un contrato laboral desde el 1° de noviembre de 2017 hasta el 31 de octubre de 2018, se **declare** que presentó renuncia provocada debido a los malos tratos y violencia psicológica que el señor JORGE ENRIQUE ÁVILA ejerció durante el tiempo en que laboró para él, se **declare** que se le adeuda los salarios correspondientes a los meses de febrero de 2018 al 31 de octubre de 2018, se **declare** que se le adeudan horas extras, teniendo en cuenta que laboraba aproximadamente 9 horas diarias, se **declare** que se le adeuda dineros equivalentes a la prima de servicios proporcional al año en que finalizó el contrato, se **declare** que le adeuda los dineros equivalentes a las cesantías proporcionales del último año de servicios, se **declare** que se le adeuda los dineros equivalentes a la sanción por despido sin justa causa, se **declare** que se le adeuda la sanción por mora en el pago de las acreencias laborales, se **declare** que se le adeuda pago de seguridad social proporcional al tiempo estimado del contrato, se **declare** que se le adeuda los dineros equivalentes a la totalidad de las vacaciones proporcionales. Como consecuencia, de **condene** al demandado a pagar los salarios de febrero a octubre de 2018, se **condene** a pagar los dineros equivalentes a las horas extras, teniendo en cuenta que laboraba aproximadamente 9 horas diarias y durante

el tiempo laborado no se lo cancelaron, se **condene** al pago de la prima proporcional de servicios, se **condene** al pago de cesantías proporcionales, se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** a la indemnización moratoria, se **condene** al pago de seguridad social, se **condene** al pago de vacaciones proporcionales y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 30 a 32).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 28 a 30 del plenario en los cuales se señalaron; que firmó un contrato laboral directamente con el demandado quien funge como corredor de seguros independiente, el cual se suscribió a término fijo a un año con inició de laborales el 1° de noviembre de 2017, con fecha de finalización 31 de octubre de 2018, que la labor por la que fue contratada fue la de secretaria, actividad que ejerció hasta el 28 de febrero de 2018, fecha en la cual se vio en la obligación de renunciar, ante las constantes manifestaciones del demandado de que *"no le servía para nada"*, que el accionado acepto el hecho de que ella no trabajará más, pero se negó a recibir carta de renuncia por haberla motivado en el acoso y maltrato presentado, además le dijo que pasará después por la liquidación, que el salario que se comprometió a cancelarle el demandado fue de 1 SMLMV, más prestaciones, que tenía un horario de 8 a 5 p.m., pero a las tres semanas de iniciar a trabajar le fue cambiado el horario de 7 a 5 p.m. y tiempo después de 7 a 5:30 p.m. de lunes a viernes, que le cancelaron hasta el mes de febrero de 2018, lo correspondiente a salud y pensión, por lo tanto, le adeuda salarios y acreencias del tiempo que le faltaba para finalizar el contrato.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **JORGE ENRIQUE ÁVILA** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó los numerales 5 y 14, dijo ser parcialmente ciertos los numerales 1, 2, 6, 8, 9 y 10, los cuales tienen relación con el contrato laboral que tuvo la actora y modalidad del mismo, acepta la fecha en que la demandante dejó de laborar, pero recalca que renunció de manera voluntaria, acepta el horario de 8 a 4 p.m. señalado en el escrito de demanda y reconoce que pagó la liquidación final de la demandante, pero solo por los 3 meses laborados, señaló no ser ciertos los demás hecho y propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, pago e innominada o genérica (fls. 58 a 62).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de septiembre de 2019, **declaró** que entre la señora ÁNGELA PATRICIA MANRIQUE NIÑO y el señor JORGE ENRIQUE ÁVILA existió un contrato de trabajo a término fijo, que inició el 1° de noviembre de 2017 y finalizó el 28 de febrero de 2018, en el que se desempeñó como secretaría y devengó 1 SMLMV, **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, **absolvió** al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de $100.000 **(**CD fl. 70).

Como **argumento de su decisión**, estableció que en cuanto a la relación laboral la misma se encontraba acreditada con el contrato laboral aportado dentro del plenario, así como los comprobantes de nómina, los cuales dan constancia que entre las partes existió un contrato laboral a término fijo a un año que inició el 1° de noviembre de 2017, en el que se desempeñó en el cargo de secretaria y devengó el salario mínimo legal mensual vigente.

Paso seguido, la Juez se pronuncia sobre la indemnización por despido sin justa causa por despido indirecto arguyendo que la renuncia se encuentra acreditada con la carta presentada por la demandante el 28 de febrero de 2018, que a pesar de no constar con acuse de recibido, sí se pudo establecer con la contestación del hecho 4 de la demanda que la misma fue presentada por la actora y el demandado se negó a firmarla, en donde se afirma que su renuncia se debía por los constantes actos de maltrato e irrespeto y también por las muchas veces que el demandado le había pedido que se fuera, porque no le servía para nada, causal que se encuentra consagrada dentro del numeral segundo, literal b) de los artículos 62 y 63 el CST, que sobre dicho aspecto el demandado en su interrogatorio de parte había señalado que durante el lapso de la relación laboral con la demandante solamente tuvo un contratiempo por el impago de una prima de seguros por una copropiedad por valor de $5.000.000, situación que era conocida por la demandante, pero que no le había comentado, que en aquella oportunidad recibió una llamada telefónica y mientras hablaba con el cliente, la demandante lo interrumpió solicitándole que la dejara hablar, por lo que tapo la bocina y por una única vez le dijo "*estoy harto de usted déjeme hablar, no ve que estoy ocupado"*, llamado de atención que aunque no es el más indicado, no representa un maltrato al que se le pueda atribuir gravedad suficiente para que se

constituya justa causa imputable al empleador, pues no constituye una conducta denigrante con la cual se pueda atentar contra la dignidad de la demandante.

Adicionalmente, refiere la *a quo* que la testigo CAROLINA CARO LOZANO quien laboró para el demandado desde abril de 2016 hasta diciembre de 2017 y quien fue La que le dio la inducción a la demandante durante 2 meses, no evidenció que el demandado hubiere maltratado a la actora y que las relaciones eran las normales en una oficina de trabajo, de otra parte, la actora manifestaba que venía recibiendo maltratos constantes del demandado, pero no indicó en qué consistían los mismo y la testigo NIÑO CÁRDENAS quien es la madre de la demandante quien aun cuando también manifestó que el demandado maltrataba a su hija, que no la dejaba asistir a citas médicas ni le permitía almorzar, afirmó que solo asistió una sola vez al lugar de trabajo de su hija y lo demás lo sabe porque su hija se lo contaba, por lo tanto, es un testigo de oídas y en el expediente no existe ninguna otra prueba que ratifique su afirmación.

En cuanto a las horas extras afirmó que conforme a la jurisprudencia de la CSJ Sala Laboral que correspondía a la demandante acreditar de manera clara y concisa el trabajo suplementario, dominical o festivo para que procediera una eventual condena, situación que no se cumplía, pues en la demanda la solicitud se hacía de manera genérica, igualmente, la actora en su interrogatorio de parte manifestó que durante los meses de noviembre y diciembre fue de lunes a viernes de 8 a 5 p.m. y después fue de lunes a viernes 7 a 5 p.m., jornada que no supera la máxima legal establecida, correspondiente a 48 horas semanales. Finalmente, en cuanto al pago de acreencias laborales de acuerdo con la liquidación final de prestaciones se tiene que las mismas fueron canceladas, lo cual también fue reconocido por la actora en su declaración.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, interpuso recurso de apelación argumentando que se desconoció por parte del despacho los malos tratos que venía sufriendo la demandante durante los 4 meses que laboró y que la obligaron a tener que renunciar, lo cual no fue solamente un día, pues si bien el demandado reconoce que lo hizo en una ocasión, esto no era la única vez que se lo manifestaba, pues constantemente le decía que no le servía que se fuera, siendo esto un trato indigno que no puede soportar ningún empleado y ella tenía un contrato fijo a un año, entonces cuál podía ser la razón por la cual hubiera renunciado con tan solo 4 meses de trabajo, además se lo hace saber al señor en la carta de renuncia, la cual acepta que efectivamente se la presentaron,

constituyéndose un despido indirecto, además su mamá confesó los malos tratos que le comentaba su hija, siendo que ella misma fue la que le consiguió el trabajo, quedó demostrado con el interrogatorio que era una persona bastante agresiva, por lo tanto, la demandante actuó como un trabajador que se siente vulnerado, por eso se reclama el pago del resto del contrato que le hacía falta, siendo una sanción que se le impone al empleador por malos tratos, no se tiene en cuenta el testimonio de la madre, existen tres elementos fundamentales la declaración del demandado, el de la víctima en este caso la trabajadora y el de la madre, existe también unas incapacidades por una migraña y gastritis que adquirió del tiempo en que estuvo trabajando, estando todos los elementos probatorios que pudo traer la parte actora para probar el maltrato, por lo tanto, deben despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión determinar si se configuró un despido indirecto, en consecuencia, si el demandado debe reconocer a la demandante indemnización por despido sin justa causa, acreencias laborales del tiempo que le falta para finalizar el contrato de trabajo a término fijo e indemnización moratoria.

Se advierte que no se hará pronunciamiento frente a las horas extras que fueron solicitadas en la demanda, pues del recurso de alzada no se hizo reparo alguno, que si en gracia de discusión se entendiera que fueron reclamadas, el resultado sería el mismo que indicó el *a quo*, pues en efecto se configuran los fundamentos normativos y jurisprudenciales mencionados, para ser negados.

Existencia del contrato laboral

No son materia de discusión los siguientes hechos: **1.)** que la demandante estuvo vinculada con el demandado a través de contrato laboral a término fijo a un año el cual inició el 1° de noviembre de 2018, para desempeñarse como secretaria (fl.14), **2.)** que el salario pactado correspondió al salario mínimo legal mensual vigente, **3)** que el 28 de febrero de 2018, la actora presentó renuncia al cargo (fl.3), **4.)** que el demandado le canceló liquidación final de prestaciones el 16 de marzo de 2018, correspondiente

al tiempo laborado (1° de noviembre de 2017 al 28 de febrero de 2018) (fl.51), **5.)** que el demandado realizó los aportes seguridad social del tiempo laborado (fls. 53 a 57).

Despido indirecto

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En el presente asunto la parte actora allega al plenario carta de renuncia de fecha 28 de febrero de 2018 (fl.3), en la cual alega como motivos de su decisión, los siguientes:

> *"Así mismo, le informó que mi renuncia se debe a los constantes actos de maltrato e irrespeto de ud. hacía la suscrita, también de las muchas veces que me ha pedido que me vaya porque yo no le sirvo para nada.*
>
> *Por lo anterior y atendiendo que son muy hostiles las condiciones laborales incluso pueden rayar en el acoso laboral me veo en la obligación de presentar mi renuncia provocada, además de configurarse un despido indirecto".*

Como bien lo mencionó la *a quo*, en efecto teniendo en cuenta las razones que motivaron la renuncia de la actora, consiste en la justa causa establecida en el numeral 2° del literal b.) del artículo 62 del CST, que establece "*2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el {empleador} contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del {empleador} con el consentimiento o la tolerancia de éste".* Frente a lo cual consideró la sentenciadora de primera instancia que el hecho confesado por el demandado en su interrogatorio de parte en el que le dijo a la demandante "*estoy harto de usted déjeme hablar, no ve que estoy ocupado"*, en el momento en que atendía a una cliente vía telefónica, por el faltante del pago de una prima de seguros por una copropiedad por valor de $5.000.000, situación que era conocida por la demandante, siendo la razón por la cual la actora solicitaba la dejará hablar con la clienta, no se catalogaba como un acto

indignante contra la trabajadora y por lo tanto, no se configuraba la indemnización solicitada.

Al respecto y contrario lo decidió por la Juez de primera instancia, en este caso sí se configura la causal alegada, pues que más prueba se necesita que la misma confesión del demandado en la que se refiere a la demandante con malas palabras, dejando en evidencia con ello los malos tratos que recibía la trabajadora, si bien la señora ANGELA PATRICIA MANRIQUE no señala de manera puntual en que otras ocasiones recibió el mismo trato, lo cierto es que sí fue insistente en su declaración que los recibía constantemente, siento el motivo que la llevó a terminar su contrato, lo cual queda también probado con la carta de renuncia, en la cual plasma las razones que la motivaron a renunciar, situación además conocida por el demandado, pues como bien lo dijo la *a quo* en la contestación de la demanda acepta que conoció de la misma, incluso sostuvo la actora en su interrogatorio que fue asesorada por el inspector de trabajo a quien le comentó su situación y las varias veces en que el demandado le decía que se fuera porque no le servía, instruyéndola a que pasará la carta de renuncia motivando su situación, de manera que con las pruebas allegadas resultan más que suficientes para establecer que el actuar del accionado con la trabajadora no fue la más adecuada realizando actos de malos tratamientos y amenazas de despido que condujeron a la demandante a tener que renunciar, debe recalcarse que el solo hecho confesado por el demandado, era suficiente para demostrarse la causal del despido, pues en esta claramente se evidencia que se dirige a la trabajadora de mala manera, por lo tanto, no se requería que la actora aportara más evidencias con las cuales acreditará los malos tratos que recibió durante su vinculación laboral.

Siendo entonces fundamentos suficientes para establecer que se encuentra demostrado que el despido se dio por causa imputable al empleador, lo cual trae inmerso el pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST. Del contenido de dicha norma, refiere que en relación a los contratos a término fijo, el valor de la indemnización concierne los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; teniendo en cuenta que la modalidad contractual acordada entre las parte fue a término fijo con duración 1 años, esto es, del 1° de noviembre de 2017 al 1° de noviembre de 2018, y la relación laboral finalizó el 28 de febrero de 2018, deberá el demandado pagar a la demandante el valor de los salarios del tiempo que le faltare para finalizar el contrato, que corresponde a los salarios del 1° de marzo al 31 de octubre de 2018 y que equivalen a la suma de **$6.249.936.**

Acreencias laborales

Solicita la actora que también le sean canceladas las acreencias laborales durante el tiempo que falta para la terminación del contrato laboral, en relación a dicha petición se tiene que la misma no tiene vocación de prosperidad, pues así lo plasmó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 11209 del 26 de julio de 2017, en la que dijo:

> *"En efecto, el art 64 del CST, reformado por la Ley 789 de 2002, artículo 28, es la norma que regula la terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa y el valor que debe pagarse por indemnización, como no se discute en el proceso, que la empleadora despidió sin justa causa al trabajador, ni que el contrato de trabajo que originó el pago de la indemnización en los términos que lo concibió el ad quem, era por un contrato a término fijo;* ***lo que debe dilucidarse, es si el Tribunal interpretó con error la norma que se analiza, al ordenar el pago a título de indemnización por el periodo 7 de may. al 30 de oct. de 2009, sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones cuyos valores ya fueron relacionados****.*
>
> ***Es cierto, que la norma señala la forma como debe cancelarse la indemnización: «[…] En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato […]», en nuestro caso, probado está, que el tiempo no ejecutado lo fue del 7 de may. al 30 de oct. de 2009; luego, la indemnización sería igual al resultado de multiplicar el número de días no laborados por el salario diario, exclusivamente, lo que no se extiende a otros conceptos, tales como auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y salarios, porque el contrato una vez termina, no genera estos derechos, por no darse el supuesto del art 1 de la Ley 50 de 1990, literal c, «[…] un salario como retribución del servicio […]», o de los artículos 249, 306 y 186 del CST, porque todas estas disposiciones legales ordenan el pago del auxilio de cesantía, prima de servicios y vacaciones, en la medida que se dé la prestación real y material del servicio****.*
>
> *Pues bien, como el contrato de trabajo del demandante expiró el 6 de mayo de 2009, los salarios y prestaciones sociales como remuneración de sus servicios, llegaron hasta ese día, de donde surge, que le asiste razón al recurrente, en cuanto a que el Tribunal, identificando la norma aplicable al caso, equivocó su genuino contenido y la aplicó en forma desacertada, al entender que la indemnización eran los salarios y prestaciones por el tiempo no ejecutado, cuando su verdadero sentido, es el pago de una suma equivalente al valor que corresponde por el tiempo no ejecutado por el otrora trabajador de la demandada, por consiguiente, el cargo prospera y en sede de instancia se proveerá lo correspondiente"* (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, no resulta procedente lo solicitado por la actora, por cuanto quedó acreditado que el demandado ya que canceló la liquidación final de prestaciones

sociales incluyéndose el último día laborado, de manera que no se adeuda suma alguna y los demás conceptos solicitados no se configuran al no haber prestación del servicio, conforme lo explicó la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria Laboral, en la sentencia antes referida.

Indemnización moratoria

En el mismo estudio de la sentencia SL 11209 del 26 de julio de 2017, la Corte sobre este concepto precisó:

> "*Para la Corte, el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, regula lo inherente a la indemnización moratoria, claramente, así: «[…] si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo […]», **de donde se extrae sin lugar a equívocos, que no la extiende a otras circunstancias, aunque estas sirvan para estructurar la buena o mala fe del empleador**".*

De suerte que al no acreditarse que el demandado adeude a la demandante salarios ni prestaciones sociales, no hay lugar a estudiar la buena o mala fe del empleador para configurarse la indemnización pretendida.

Por motivo de lo expuesto se **revocará** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

SIN COSTAS como quiera que el recurso de alzada prosperó, las de primera estarán a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

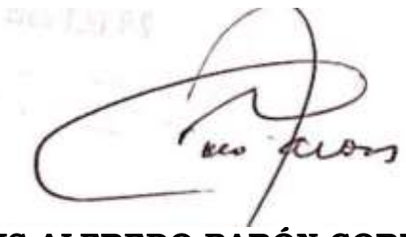
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **CONDENAR** al señor JORGE ENRIQUE ÁVILA a pagar a favor de la demandante indemnización por despido sin justa causa en la suma de $6.249.936, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la parte actora.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ CHIAPPE CONTRA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA
ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ CHIAPPE** se **declare** que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe reconocerle los auxilios por incapacidad generadas y causadas entre el 23 de agosto de 2013 al 22 de junio de 2015. En consecuencia, se **condene** a la demandada a pagarle los auxilios de incapacidad mencionados, se **condene** al pago de intereses moratorios liquidados a la tasa más alta autorizada por la Superintendencia Financiera sobre cada una de las incapacidades adeudadas, desde cuándo se causó el derecho y hasta cuándo se haga efectivo el pago de las mismas, conforme se prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de manera subsidiaria, solicita se **condene** a PROTECCIÓN S.A. al reconocimiento y pago de la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas y hasta cuando se verifique su inclusión en nómina de pensionados (fls.80).

Como hechos fundamento de las pretensiones *(fls. 76 a 80),* señaló que a partir del 22 de febrero de 2012, presentó diagnóstico de síndrome de pizamiento femoroacetabukar derecho, que dentro el tratamiento fueron

necesarias 2 intervenciones quirúrgicas, sin mejora o recuperación satisfactoria, que posteriormente se le diagnóstico artrosis acromioclavicular izquierda (síndrome de manguito rotador izquierdo), la cual le dieron manejo quirúrgico el 5/07/2013, que mediante concepto de rehabilitación del 29 de junio de 2012, la EPS SANITAS remite el asunto para lo de su competencia a la AFP PROTECCIÓN S.A. como quiera que contaba con 120 días de incapacidad, en cumplimiento a lo señalado en el Decreto 019 de 2012, que en primera oportunidad la AFP PROTECCIÓN S.A. emite dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde se otorga porcentaje alguno, razón por la cual interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, que el expediente es remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien la cita para valoración el 5 de noviembre de 2013, que mediante dictamen No. 51967627 del 5 de noviembre de 2013, se le otorga una pérdida de capacidad laboral del 30,78% por enfermedad de origen común con fecha de estructuración 5 de julio de 2013, que mediante acta No. REP 5105-1 del 26 de diciembre de 2013, la Junta Regional de Calificación de Invalidez resuelve el recurso de reposición, ratificando la decisión inicial y concede el recurso de apelación, que mediante dictamen del 4 de febrero de 2014, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profiere dictamen No. 51967627 en el cual resuelve el recurso asignando una pérdida de capacidad laboral del 39,37%, por incapacidad permanente parcial, por enfermedad de origen común con fecha de estructuración 5 de julio de 2013, que mediante concepto de rehabilitación desfavorable del 3 de septiembre de 2014, es remitido el caso a la AFP PROTECCIÓN, que mediante dictamen No. 61967627 del 19 de diciembre de 204, la aseguradora SURA por remisión de la AFP PROTECCIÓN S.A. califica una pérdida de capacidad laboral del 41,43% por enfermedad de origen común con fecha de estructuración 4 de marzo de 2014, al no encontrarse de acuerdo con la decisión interpone recurso y el expediente es remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca quien mediante dictamen No. 75668 del 9 de julio de 2015, califica la pérdida de capacidad laboral en 47,31%, con fecha de estructuración 23 d junio de 2015, frente a dicha decisión de interpuso recurso de apelación el cual se resolvió por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través de dictamen No. 51967627-3770 del 20 de enero de 2016, en el

cual calificó la pérdida de capacidad laboral en 52,71% por enfermedad de origen común y fecha de estructuración del 23 de junio de 2015.

Añade que 23 de septiembre de 2014, radicó documentos ante la AFP PROTECCIÓN S.A., reconocimiento que se efectuó el 23 de mayo de 2016, a partir del 23 de junio de 2015, en cuantía inicial de $1.232.705. Asegura que frente a las incapacidades causadas entre el 23 de agosto de 2013 al 22 de junio de 2015, no fueron canceladas por la AFP demandada, argumentando que no se contaba con concepto desfavorable de rehabilitación y por encontrarse, en trámite la calificación para el reconocimiento de una pensión de invalidez, por lo tanto, no se cumplía con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los numerales 5 a 9, 11 a 18, 20 a 27, 29 y 32, aceptando la fecha del concepto de rehabilitación emitido por la EPS SANITAS y remisión a dicho fondo, las fechas y porcentajes de los dictámenes emitidos por dicha entidad y las Juntas de Calificación de Invalidez, solicitud y reconocimiento pensional, y negación a la solicitud de reconocimiento de incapacidades y argumentos expuestos, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle los numerales 1 a 4, 10, 18 y 34; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación de pago e incapacidades médicas, limite de la obligación, innominada o genérica y prescripción (fls. 139 a 149).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de febrero de 2020 (CD – fl. 156), **absolvió** a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones, **declaró** probadas las excepciones de la obligación de pago de incapacidades médicas y límite de la obligación propuestas por la entidad demandada y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de $100.000.

Como **fundamentó su decisión,** la *a quo* refiere que de acuerdo a las certificaciones de incapacidades obrantes a folios 67 y 68, efectivamente las reclamadas corresponde al día 540, por lo tanto, debía establecerse si a la demandada le correspondía el pago de las incapacidades a partir del día 541, frente a lo cual debía tenerse en cuenta lo dispuesto en artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 y artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que indica que cuando el trabajador padece un enfermedad de origen común y se le empiezan a expedir incapacidades los primeros 2 días corresponden al emperador, a partir del día 3 y hasta el día 180 corresponde a la EPS y el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece que dentro de esos 180 días a cargo de la EPS antes día 150 deberá emitir un concepto de rehabilitación integral de incapacitado donde se puedan darse las siguientes situaciones:

1.) que el concepto sea favorable, es decir, que estando incapacitado el trabajador puede rehabilitarse, por lo que se podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas De Calificación de Invalidez hasta por el término máximo 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, 2.) cuando el concepto sea desfavorable antes del día 150 las AFP deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez, si tal concepto no se da dentro del término señalado por la ley será la EPS la responsable de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal con cargo de sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto, a partir del día 181 al que le compete es al fondo de pensiones teniendo en cuenta que si el renombrado concepto no es favorable la AFP deberá remitir el caso a las Juntas de Calificación de Invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y en ese caso califique la pérdida de capacidad laboral del afiliado y si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva y si es menor al 50% deberá ser reintegrado a su cargo, después de los 540 días se deberá dar aplicación al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según la cual le corresponde a la EPS cancelar las incapacidades, quienes a su vez

podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante el ADRES.

De conformidad con lo anterior, sostiene la sentenciadora que de conformidad con el expediente administrativo de la demandante la accionada obro conforme a lo señalado por la ley, pues una vez obtuvo el concepto desfavorable el 3 de septiembre de 2014, procedió a remitirla a SURAMERICANA S.A. compañía de seguros de vida a fin de que le calificará su pérdida de capacidad laboral, la cual fue inferior al 50% y ante los recursos interpuestos por la actora fue enviada a la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez a fin de que se efectuará el respectivo examen, el cual concluyó con el reconocimiento de la pensión de invalidez.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si la AFP PROTECCIÓN S.A. debe reconocer y pagar las incapacidades médicas a favor de la actora después del día 541, las cuales se causaron entre el 23 de agosto de 2013 al 22 de junio de 2015.

Incapacidades prolongadas por más de 540 días

Sobre el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el

		artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Igualmente, se ha establecido que, una excepción a la regla anterior es que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto (T-401 de 2017).

En sentencia **T-246 de 2018**, de la Corte Constitucional, hace un recuento normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, haciendo referencia de las entidades responsables de efectuar el pago de las mismas, indicando textualmente:

"Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS". Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. ***En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado****.*

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que "el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello". En otras palabras, en este último evento, el

trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la ***Ley 1753 de 2015****–Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.*

> *En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:*
>
> *"ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*
> *(…)*
>
> *Estos recursos se destinarán a:*
>
> *a) El reconocimiento y pago a las* ***Entidades Promotoras de Salud*** *por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud,* ***incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos****. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades." (Resaltado de la Sala)*

De la norma transcrita se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad

Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017**. **En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que conforme al texto normativo trascrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene elucidar y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada". ***(subrayado y negrilla fuera del texto original).***

De acuerdo a la anterior cita jurisprudencial se tiene entonces, que con anterioridad al año 2015, existía una carencia de protección para los trabajadores que eran incapacitados por más de 540 días, situación que fue superada por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, en la que se estableció que dicha obligación sería asumida por la EPS, quien posteriormente puede entrar a reclamar ante la ADRES. Al verificarse el caso *sub examine* observa la Sala que en efecto la EPS SANITAS reconoció a la demandante las incapacidades hasta el día 180, es decir, desde el 23 de febrero de 2011 hasta el 23 de agosto de 2012, así mismo, prorrogó dicha incapacidad por 360 días adicionales hasta el día 18 de agosto de 2013, como lo permite el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 (fl.67 a 69), cumplido dicho término procedió a remitir el asunto a la AFP PROTECCIÓN.

Una vez en manos de dicho fondo, éste procedió a reconocer las incapacidades desde el día 181 hasta el día 540, así mismo, se tiene que el

día 3 de septiembre de 2014, la EPS SANITAS emite concepto desfavorable, motivo por el cual la AFP PROTECCIÓN S.A. procedió a remitir a la actora a la compañía SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA S.A. para que fuera calificada quien emite dictamen el 19 de diciembre de 2014, determinándose una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% (fl.32), sobre dicha decisión se interpusieron los recursos de ley los cuales fueron resueltos por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, emitiéndose el último dictamen el 20 de enero de 2016, en donde finalmente se le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 52,71% con fecha de estructuración 23 de junio de 2015 (fls. 42 a 46), lo cual llevó a la entidad accionada a reconocer la pensión de invalidez a partir del 23 de junio de 2015, decisión que fue notificada a la actora el 23 de mayo de 2016 (fl.64).

Del anterior recuento, se denota que la entidad accionada en efecto cumplió con lo requisitos legales que le correspondía, pues reconoció las incapacidades hasta el día 540 y una vez fue notificado del concepto desfavorable procedió a remitir a la actora para que se efectuara la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual como bien se dijo culminó con el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, no puede pasarse por alto, que la demandante durante dicho trámite permaneció incapacitada, frente a lo cual la Corte Constitucional a través de distintos pronunciamientos ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud, en sentencia T-876 de 2013 se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados *"en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada".*

En tal sentido, no existe duda que la actora tenía derecho al pago de las incapacidades durante periodo comprendido entre el **23 de agosto de 2013 al 22 de junio de 2015**, empero, para dicha data aún no se encontraba en

vigencia Ley 1753 de 2015, encontrándose entonces el vació normativo que fue analizado en precedencia. No obstante, en relación a estos asuntos la Corte Constitucional también se pronunció en sentencia **T-144 de 2016**, en la cual dispuso:

"En tercer lugar, ha de indicarse que antes de que se regulara el vacío legal que existía con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015, era válida la argumentación de la EPS y la AFP, pues no existía ningún obligado a efectuar el pago de las incapacidades superiores a los 540 días. En esa medida, en principio, la Sala estima que dichas entidades no eran responsables por la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Cartagena Oviedo.

Sin embargo, esta Sala ordenará la ***aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional.***

En efecto, es importante resaltar que a pesar de que la EPS Salud Total y Porvenir AFP SA no fueran responsables por el pago de los certificados médicos expedidos después de los primeros 540 días de incapacidad, el déficit de protección anunciado por las distintas Salas de Revisión de Tutelas sí advertía que esa situación normativa, dejaba a ciertas personas en condiciones de vulnerabilidad y exclusión.

Como se indicó con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se llenó ese vacío normativo, de forma general, para todos los casos futuros. Sin embargo, en dicho artículo no se estableció un régimen de transición que permitiera fijar un parámetro interpretativo a fin de dar solución a las personas que se encontraban en la situación que el artículo pretendía solventar, pero cuyas incapacidades fueron causadas con anterioridad a la promulgación de la Ley, como sucede en el presente caso.

En esa medida, la aplicación de ese artículo 67 genera un trato desigual para las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión, y aquellas que gozan de certificados de incapacidad expedidos con posterioridad.

Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal".

Así las cosas, dando alcance la jurisprudencia reseñada, se tiene que quien era la responsable del pago de las incapacidades solicitadas era la EPS, entidad no fue vinculada al presente proceso, por lo tanto, no es posible por

parte de esta instancia judicial efectuar condena, pues quien actúa como demandada dio cumplimiento a lo ordenado en la Ley, en ese sentido no le asiste obligación alguna. Por consiguiente, no tendrá más esta Sala de decisión que **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

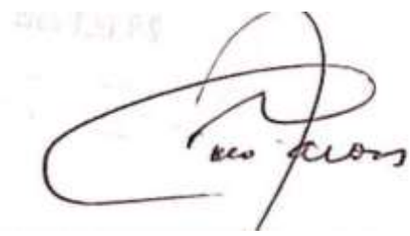
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

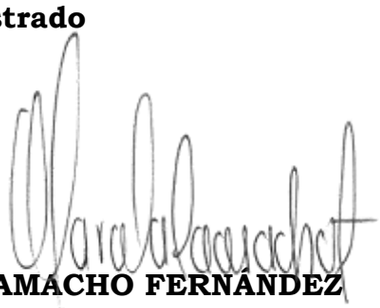
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EMMA GUZMÁN CHARRY contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **EMMA GUZMÁN CHARRY,** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., se **declare** que al afiliación al régimen de prima media que administra COLPENSIONES se encuentra vigente, se **ordene** la la devolución de los aportes por parte de PORVENIR S.A. junto con los rendimientos, se **ordene** a COLPENSIONES aceptar la devolución de aportes y tener en cuenta las semanas de cotización para que pueda acceder a la pensión de vejez, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** la pago de costas procesales (fl.72 a 73).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 70 a 72), señaló que nació el 23 de agosto de 1959, que hasta el año 2000, venía cotizando al sistema general de pensiones del régimen de prima media en el ISS hoy

COLPENSIONES, momento para el cual la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS le ofreció cambiarse al RAIS, sin que le diera información pertinente sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, tampoco le explicó las formas de pensionarse en el régimen de ahorro individual, no le dijo el valor que podría obtener por mesada pensional en cada uno de los regímenes, que accedió a trasladarse de régimen debido a la insistencia y presión de la demandada a través de sus asesores para tal efecto, que la insistencia y presión fue a tal punto que le realizaban llamadas telefónicas todos los días y en varias horas al día para que se trasladará, que cotizó a COLPENSIONES 787 semanas, que el 10 de noviembre de 2017, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES para que se tuviera nulo el traslado, sin que se diera respuesta alguna por parte de la entidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5 y 14, los cuales consisten en fecha de nacimiento de la demandante y edad, fecha de traslado de régimen y los fecha en que se comenzó a efectuar aportes a dicho fondo por parte de la actora, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle los numerales 3, 4 y 15; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 46 a 53).

COLPENSIONES contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló ser ciertos los numerales 1, 4, 15 a 17, los cuales tiene relación con fecha de nacimiento de la demandante, los aportes que efectuó la demandante ante dicha entidad, la petición que presentó la actora ante la entidad el 10 de noviembre de 2017, en cuanto a los demás hechos dijo no ser cierto el numeral 18 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls. 113 a 133).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de junio de 2020 (CD – fl.180), **declaró** la ineficacia de la afiliación de la ciudadana EMMA GUZMÁN CHARRY a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., suscrita el 11 de septiembre de 2000, **declaró** que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media, **ordenó** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta individual de la afiliada como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiere causado, así como gatos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES admitir el traslado con sus aportes, **declaró** no probados los hechos sustento de las excepciones y **condenó** en costas a PORVENIR S.A. en la suma de $1.000.000.

Como fundamentó su decisión, estableciendo que el régimen de pensiones consagra la escogencia libremente del régimen de pensiones, la cual debe constar por escrito, tal y como en apariencia lo hizo la demandante al trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual en el año 2000, hecho que no fue controvertido y del cual da cuenta el formulario de afiliación, así como su historia laboral, paso seguido, hace referencia a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionada con el deber de información y el buen consejo, indicando que éste último consiste en la necesidad de suministrar al potencial afiliado la información e ilustración suficiente, dándole a conocer los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado de régimen pensional, y aún a llegar si fuera el caso pertinente ayudarlo a tomar una decisión clara, como lo sería la pérdida de transición.

Acotando el sentenciador que se acogía a los criterios de la Corte en relación al tema, el cual además, se encontraba enfocado en la inversión de la carga de la prueba, lo que cual quería decir que le incumbía al fondo demostrar que le puso de presente y le informó de manera clara; y precisa a la potencial

afiliada la totalidad de características ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, observando que PORVENIR tan solo se limitó aportar el formulario de afiliación de la actora al entonces fondo de pensiones HORIZONTE, sin haber solicitado siquiera la declaración de parte de la demandante para poder observar las condiciones en las cuales se llevó a cabo el cambio de régimen, tan solo allegó unas preguntas y a pesar de las precisiones de carácter fácticas que señaló en los alegatos de conclusión, no podían probar el deber de información y el buen consejo que tuvo que tener al momento de elegir entre uno y otro régimen, por lo que no se tenía otra alternativa que declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en cual solicita se tenga en cuenta el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal b) en el que consagra que la afiliación en cualquiera de los régimen previstos es libre y voluntaria si para tal efecto lo manifestó por escrito al momento de la vinculación o traslado, situación que fue la presentó en el presente asunto, tal y como quedó demostrado al momento del interrogatorio de parte de la demandante quien manifestó que su traslado lo hizo de manera libre y voluntaria, igualmente, se aportó el formulario de afiliación que se diligenció en el año 2000, en donde consta que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria y si presiones gozando la misma de plena validez, no se pudo evidenciar ningún vicio del consentimiento tales como la fuerza y el dolo de acuerdo con el artículo 158 del Código Civil, teniendo en cuenta que no todo error repercute en la eficacia de los actos jurídicos, sino de aquel que se convierte en el móvil determinado por la voluntad y de acuerdo con el artículo 1524, igualmente el acto jurídico que se encontraba celebrando al momento del traslado del régimen pensional no se encontraba probado que se indujera a otro tipo de acto.

Debe tenerse en cuenta, que por la omisión en el suministro de la información, en caso de ser así el error de derecho no vicia el consentimiento de acuerdo con el art. 1509 del Código Civil en concordancia con el artículo 9° que establece que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo tanto, no existe el vicio alegado por parte de la demandante, tampoco se está frente

a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil el cual establece que nulo es todo acto o contrato que le falte algunos de los requisitos que le prescriben, para valor el mismo, en este caso el consentimiento, por lo que teniendo en cuenta los elementos probatorios no establecen el error que vicie el consentimiento o dolo que derive el engaño por falta de información para obtener el traslado por parte del demandante, debe también tenerse en cuenta el art. 1750 del Código Civil en el cual estipula el plazo para pedir la recisión que es de 4 años, en este caso la demandante se trasladó a PORVENIR en el año 2000, debiendo haber utilizado el derecho de retracto dentro de los 4 años siguientes, lo cual nuca hizo, igualmente debe considerarse que si existió la nulidad alegada, la misma fue saneada como lo consagra el artículo 1752 del Código Civil el cual dispone que la ratificación expresa o tacita puede sanear el vicio del consentimiento y en el presente asunto la señora EMMA GUZMAN saneo la nulidad por la ratificación tacita del art 1754 al ejecutar de manera libre y voluntaria lo acordado con el contrato.

Por otra parte, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, en la que indica que antes de los 10 años para cumplir la edad para pensionarse no puede trasladarse de régimen, debe tenerse en cuenta también lo dispuesto en la sentencia SL 413 del año 2018, que indica que lo importante es que exista una correspondencia entre voluntad o acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de permanecer en el régimen pensional, de manera que teniendo en cuenta que la demandante realizó un trasladó de hace 20 años en el cual ha manifestado su interés en el de permanente en el régimen de ahorro individual, tampoco se le vio interés por parte de la afiliada de investigar más a fondo sobre los beneficios y que le podía ofrecer cada uno de los regímenes pensionales, se evidencia que en ningún momento fue negado por parte de los asesores de la AFP tal como se manifestó en el interrogatorio de parte, en que no realizó ningún interrogatorio al momento de la asesoría que se le estaba brindando, de aclararse que el hecho de ser una asesoría verbal no se le quita el carácter de ser una asesoría.

Agrega, que en los fallos judiciales no se tiene en cuenta que el deber de información de los fondos ha tenido diferentes etapas, por lo que aducirse de manera genérica que el deber de información no se proporcionó de manera clara, completa y oportuna no es cierto, debe considerarse los parámetros que se venía utilizando, por lo tanto, debe analizarse la normatividad vigente al momento del traslado, por lo que no resulta admisible imponer obligaciones a las administradoras, pues el deber de la doble asesoría surge hasta el año 2014, debe analizarse la carga de la prueba ya que debe acreditarse la existencia de algún vicio del consentimiento, se tenga en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 la demandante contaba con 35 años y no cumplía con 750 semanas o 15 años de tiempo de servicio por lo que no era beneficiaria del régimen de transición, finalmente se tenga en cuenta el tema de la sostenibilidad financiera ante un masivo traslado de afiliados a COLPENSIONES.

PORVENIR S.A. argumenta su decisión en que se tenga en cuenta tres elementos: 1.) no se tiene en cuenta que el hecho jurídico por el cual se está suscitando el presente conflicto recae en una fuerza que supuestamente realizó el asesor comercial, en este sentido la gravedad sobre el cual gira el presente asunto no es respecto al deber de información, sino que es la fuerza que ejerció alguno de los funcionarios de PORVENIR en la que sintió obligada a suscribir el formulario de traslado, por cuanto la tesis sobre la cual la demandante sostiene su interrogatorio es que fue forzada, lo cual no deriva entonces en la inversión de la carga de la prueba, sino que tendría la demandante que demostrar en qué forma se le hizo un acoso, frente a lo cual se puede colegir que del interrogatorio de parte que se brindó información y de forma libre, decidiendo suscribir un formulario.

2.) De ninguna manera el ordenamiento jurídico a determinado una forma para brinda la información al momento de la afiliación, en ese entendido no se debe entender que las evoluciones legislativas en materia de traslados de régimen pensional como es el deber de doble asesoría o el buen consejo le sea endilgado a PORVENIR en una época en la cual no existía, pues el carácter de la norma que dio surgimiento de estas formas jurídicas no tiene carácter retroactivo, por lo tanto, no se le debe endilgar a la entidad demostrar que sí brindó la información, de ello del formulario de afiliación

se puede constatar que la demandante decidió afiliarse de forma libre y voluntaria al RAIS.

3.) Negligencia por parte de la demandante, pues nunca se acercó a consultar sus expectativas pensionales, incluso en el interrogatorio de parte manifestó que cuando se es joven no se preocupa por el futuro, esto solamente puede entenderse como una negligencia de la cual no es responsable ni COLPENSIONES ni PORVENIR, puesto que ambas cumplieron con su deber legalmente determinado, también se solicita no se condene en gastos de administración, pues deben respetar las restituciones mutuas que se presentan en el negocio jurídico, en este sentido la demandante se encontró beneficiada en una serie de rendimientos que no se generarían en el régimen de prima media y que se generan en las características propias del régimen de ahorro individual.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora EMMA GUZMÁN CHARRY el 11 de septiembre del año 2000 (fl. 26), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A. efectuando cotizaciones a partir octubre del año 2000 y donde se encuentra vinculado actualmente, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 16 de mayo de 1980 hasta el 30 de septiembre del año 2000, como se puede ver la historia laboral emitida por dicha entidad, para un total de 783,71 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida (fl.94).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. obrante a folio 26 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP HORIZONTE S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la actora buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que la ilustrara sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarlo desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en dicho fondo, de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron*

clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito" (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".*

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021).

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Expresando en uno de sus últimos pronunciamientos, textualmente lo siguiente (SL 1467 de 2021):

"En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1217-2021, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, ***o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás****» (CSJ SC3201-2018).*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil, y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba

afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020)".

De ahí que no les asista razón a PORVENIR S.A. en lo dicho en su recurso, por cuanto la consecuencia jurídica al declarase la ineficacia del traslado conlleva a "*declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás",* lo que lleva consigo la devolución de trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal tercero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

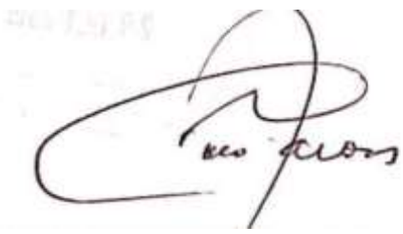
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá,

únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFPS POVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

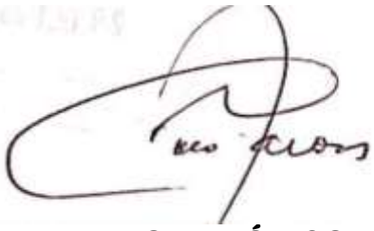


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP POVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de $ 900.000, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
SENTENCIA

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR GABRIEL DARIO CEDIEL MARTÍNEZ contra EXPRESS DEL FUTURO S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **GABRIEL DARIO CEDIEL MARTÍNEZ** solicita se le reconozca y pague la bonificación no pagada por la empresa demandada desde el mes de junio de 2013 hasta el mes de mayo de 2018, es decir, en la suma de $27.772.600. como consecuencia, se **condene** a la demandada a la nivelación salarial de vacaciones, primas, cesantías e intereses a las mismas, se **condene** a la indexación, se **condene** a reajustarle los aportes a seguridad social y se **condene** ultra y extra petita (fl.4).

Los hechos sustento de las anteriores pretensiones se encuentran a **folios (fls. 2 a 3)**. En los cuales en síntesis señaló, que celebró un contrato de trabajo a término fijo inicialmente con la entidad demandada desde el día 16 de abril de 2004 hasta el 16 de marzo de 2005, desempeñando el cargo de operador de bus articulado devengando un salario básico más bonificación operativa, que dicha relación se siguió desarrollando hasta la fecha de la presentación de la demanda, que dentro del contrato señaló en el numeral 1° que recibiría una bonificación mensual, tal y como se indicó en el parágrafo 2° de la cláusula 6° del mentado contrato, que tuvo un percance de salud, por cuanto le fue encontrado un tumor cancerígeno hallado en la hipófisis aproximadamente de 3,38 cm, por lo cual le fue practicado un procedimiento quirúrgico para su extirpación, he inclusive entró en tratamiento de radioterapia, que a raíz de ello, fue disminuyendo su campo visual, por lo que la EPS FAMISANAR procedió a comunicarle las recomendaciones laborales a su empleador, por lo anterior y atendiendo el concepto médico a partir del mes de junio de 2013, fue trasladado de sus funciones, lo que le está afectando su asignación básica mensual, pues de manera unilateral su empleador decidió quitar de su asignación la bonificación operativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **EXPRESS DEL FUTURO S.A.** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 2 y 3, los cuales tienen relación con la modalidad contractual y extremos laborales; y lo pactado en el contrato respecto a la bonificación por resultados, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle los numerales 4 y 5; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, pago, compensación y genérica (fls. 125 a 149).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Después de adelantar el trámite del proceso correspondiente, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de octubre de 2019, **absolvió** a la empresa demandada de todas y cada una de las súplicas de la demanda, **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, **condenó** en costas a la parte actora en la suma de $300.000 (CD. fl. 224).

Como argumento de su decisión, estableció el sentenciador que no existía discusión en cuanto a la relación laboral que ató a las partes que inició en el mes de abril de 2004 y que se mantenía vigente, en cuanto la remuneración se encontraba demostrado que para el año 2018, correspondía a la suma de $1.443.200 que es el salario que le ha sido pagado según las constancias quincenales cada una por $721.600, que la discusión radicaba en cuanto si la bonificación operativa debía ser devengada o no por el trabajador, que de acuerdo con las declaraciones rendidas, se tenía que el actor había sido reubicado de sus labores dada su condición de salud, encontrándose en el momento en funciones administrativas a partir del mes de enero del año 2014.

Sostiene que de conformidad con el artículo 43 del CST existe la prohibición del empleador de ejecutar en los contratos estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador, pero conforme las leyes laborales también tienen la facultad de convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, unidad de hora, por tarea, respetando el salario mínimo legal, según lo preceptuado en el artículo 132 del CST. Arguye el sentenciador que en el presente caso desde la celebración del contrato de trabajo la remuneración o la forma en la cual se pactó la bonificación por resultados, siempre en función de cumplimiento de funciones, condiciones y reglas de Transmilenio, dirigidas eventualmente a un horario, prestaciones de servicios, circunstancias de conducción, consignaciones o alineaciones, golpes al vehículo, colisiones a otros, infracciones de tránsito, conducir a velocidades superiores a 60 km/h, abstenerse de parar en una estación, dar reversa sin autorización y todas

aquellas imputables al operador, que en caso se imponerse sanción económica no se reconocía dicha bonificación.

Bajo esos esquemas, necesariamente la remuneración se pactó en unas condiciones específicas, y esas condiciones vienen directamente estipuladas a la razón de ser de la operación del vehículo, tal era así que en últimas, ese condicionamiento para el cumplimiento prácticamente de parámetros sobre los cuales se devenga está bonificación, necesariamente están condicionados a la conducción, refiere el fallador que podría establecerse eventualmente una ineficacia si hubiese una desmejora salarial, empero en ningún momento el empleador condicionó el salario básico a la causación de esos resultados, por el contrario, es un factor adicional y precisamente condicionado, es decir supeditado a una actividad específica del trabajador y a la pulcritud en los procedimientos o en la aplicación de la metodología a los efectos de la conducción del trabajador, garantizando en últimas o incentivando con vocación salarial aquella conducta de este operador en campo, es decir, bajo la operación valga la redundancia del bus articulado.

En los anteriores términos, el despacho no observaba que existiera parámetros a la luz del artículo 43 del CST para declarar la ineficacia de este clausurado, así como tampoco el de la vulneración de alguna norma adicional del CST, puntualmente el artículo 127, dado que desde el primer momento las partes habían consagrado que este factor constituía salario, sin perjuicio de lo anterior, este venía condicionado o supeditado a unos resultados o condicionamientos que están amparados por la regla del artículo 57 del CST. En tal sentido, no le asistía razón a la parte actora en su pedimento.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación reiterando que efectivamente la bonificación percibía por el actor sí constituye salario, que fue lo que se solicitó. Además de haber sido periódica durante casi 9 años, la misma tendría que haber sido pagada hasta

el momento, por lo previsto en el artículo 127 del código sustantivo de trabajo.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En estricta consonancia con el recurso de alzada, la Sala deberá establecer si la empresa demandada debe reconocer al actor la bonificación por resultados que inicialmente devengaba y que posteriormente, dejó de reconocerse por reubicación de cargo. Así mismo, se analizará si dicha bonificación tenía incidencia salarial.

Relación Laboral

No existió controversia respecto de la relación laboral que ató a las partes, pues así fue reconocido por la empresa demandada y consta de las documentales aportadas al proceso, encontrándose demostrado que la relación laboral ejecutada por el actor se desarrolló a través de un contrato a término fijo inferior a un año que inició el 17 de abril de 2004, el cual ha sido prorrogado automáticamente y que para el momento de la presentación de la demanda aún se encontraba vigente, tampoco existe discusión en cuanto que la labor por la que fue contrato el actor correspondió a la de operador de bus articulado, que posteriormente, teniendo en cuenta su condición de salud derivada de un tumor severamente compresivo de la vía visual, se ordenaron restricciones laborales por parte del médico tratante adscrito a la EPS FAMISANAR, por lo que la empresa demandada en cumplimiento a ello procedió a reubicarlo en otras actividades distintas a las que venía desarrollando, como se puede ver de la documental obrante a folios 166, 167, y 169. Igualmente, se encuentra acreditado conforme a la documental que milita a folio 179, que el último salario devengado por el actor correspondió a la suma de $1.443.200, pues sobre tal aspecto tampoco existe controversia.

Bonificación operativa e incidencia salarial

Obra dentro del plenario contrato laboral suscrito entre las partes de fecha 16 de abril de 2004 (fls. 150 a 153), en donde se pactó en el parágrafo 2°, lo siguiente:

> *"la empresa reconocerá mensualmente al trabajador, en forma vencida, una* ***bonificación por resultados*** *representada en una suma fija, siempre y cuando el trabajador durante el respectivo mes cumpla con el 100% de las indicaciones, instrucciones, condiciones y reglas establecidas por Transmilenio, con miras a evitar que su incumplimiento genere para la empresa las sanciones económicas previstas en el contrato de concesión. En este orden ideas, el incumplimiento por parte del trabajador de los horarios, prestación de servicios, errores de conducción, malas aproximaciones o alineamientos incorrectas a plataformas y vagones, golpes al vehículo, colisiones en otros vehículos, infracciones de tránsito, parar en calle sobre las cebras, conducir a velocidad superior a 60k/m, no parar en una estación, dar reserva sin autorización del centro de control de la empresa y todas aquellas imputables al operador, que en cada caso genere para la empresa una sanción económica, hará que en la parte proporcional asignada al trabajador, no se cuente con esta bonificación, o se suspenda su causación hasta que se defina la responsabilidad del trabajador o su grado de responsabilidad. El valor de la bonificación, los porcentajes de participación de la bonificación en los incumplimientos y fallas cometidas por el trabajador y las demás condiciones y requisitos de causación de esta bonificación, se determinará en documentos separado que elaborará el empleador de conformidad con los reglamentos de Transmilenio y a las circunstancias de la actividad específica de este transporte, que puede estar sujeto a ajustes, cambios y modificaciones, hecho por el cual el trabajador delega al empleador la facultad unilateral de adicionarlo, cambiarlo, modificarlo o eliminarlo, todo en consideración a que* ***se trata de una bonificación sujeta a resultado. Esta bonificación para todos sus efectos constituye salario****".* (negrilla fuera del texto original).

Se encuentra a folio 154 adición al contrato de fecha 30 de diciembre de 2005, en donde las partes agregaron:

> *"teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de la bonificación por resultados estipulada en el parágrafo 2° de la cláusula sexta del contrato de trabajo celebrado entre las partes en fecha Abr 17 2004, guarda relación no solo con el cumplimiento del 100% de las indicaciones, instrucciones, condiciones y reglas establecidas por Transmilenio, sino con el tiempo efectivamente laborado por el trabajador durante el periodo de causación de la misma, se establece que de esta parte variable del salario del trabajador, se deducirá de manera proporcional el número de días en los cuales éste no preste sus servicios a la empresa con ocasión de permisos, licencias, ausencias no justificadas y sanciones disciplinarias.*

Esta disposición empieza a regir a partir del día 01 de enero de 2006.

Se deja claramente establecido entre las partes que el presente acuerdo obedece al principio de bilateralidad contractual, por lo tanto, el trabajador expresa su absoluta conformidad con el presente acuerdo, y manifiesta que el mismo no implica una desmejora en sus condiciones laborales, ni constituye una modificación unilateral de sus condiciones salariales por parte de la empresa".

El 27 de febrero de 2008 (fl.155), las partes nuevamente adicionan el contrato y respecto a la bonificación antes mencionada, se pactó:

"Respecto a la denominada bonificación de resultados pactada en el parágrafo 2° de la cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes, la Empresa seguirá reconociendo al trabajador en forma vencida dicha bonificación que en razón a la nueva jornada laboral pactada entre las partes, será de un monto equivalente al 50% de la suma que para dicho concepto sea fijada por LA EMPRESA siempre y cuando el trabajador cumpla con la totalidad de las indicaciones, instrucciones, condiciones y reglas contenidas en la cláusula ya referida, todo en consideración a que se trata de una bonificación sujeta a resultados".

El 29 de febrero de 2012 (fl.158 a 159), las partes estipulan una nueva cláusula adicional al contrato, en donde se mantiene las mismas condiciones pactadas en el contrato inicial respecto a la bonificación por resultados, es decir, volviendo al 100% inicialmente determinado. Se aprecia también de la prueba documental que teniendo en cuenta las condiciones médicas del trabajador la empresa demandada le asignó otras actividades distintas a las que inicialmente venía desempeñando, consistentes en trámites administrativos al interior de la compañía como se puede ver a folio 169, de manera que su actividad principal consistente en operador de bus articulado se dejó de realizar.

Así las cosas, esta Corporación considera que el *a quo* no desacertó en su decisión, por cuanto de lo estipulado entre las partes quedó planamente establecido que la bonificación percibida por el trabajador era propia de la labor de operador de bus articulado, además de estar condicionado a un resultado exclusivo de dicha actividad, siendo esta la razón por la cual la empresa demandada dejó de reconocérsela al demandante, pues claramente

la actividad consecutivamente desarrollada no cumple con las exigencias pactadas en la bonificación, lo cual no significa un desmejoramiento injustificado de la asignación salarial del trabajador, pues caso contrario sería que dicho rubro se hubiere pactado sin condicionamiento alguno al cargo desempeñado, lo cual consistiría en un derecho adquirido no modificable.

Ahora, tampoco puede considerarse que la cláusula prevista en el contrato laboral sea ineficaz, por cuanto la misma fue **establecida como factor salarial** y así fue reconocida por la accionada, tanto así, que el demandante no solicita en la demanda el reajuste de sus prestaciones teniéndose en cuenta dicha bonificación como factor salarial, como lo pretende hacer ver en el recurso interpuesto, pues claramente de sus pretensiones lo que se solicitó fue el reconocimiento y pago de la bonificación desde el momento en que el empleador la dejo de reconocer, que según su dicho lo fue a partir del mes de junio de 2013, de suerte que, dicha bonificación lo que buscaba era retribuir el buen desempeño de la labor prestada, siendo por ello, que se condicionó a las indicaciones, instrucciones, condiciones y reglas establecidas por Transmilenio respecto de la conducción del bus articulado, en tal sentido, se tiene entonces que el empleador cumplió como lo refirió el sentenciador de primera instancia con lo señalado en el numeral 4° del artículo 57 del CST, esto es, pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos, que al haber cambiado de labor se dejaron de causar.

Por lo anterior, no habrá más lugar que **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

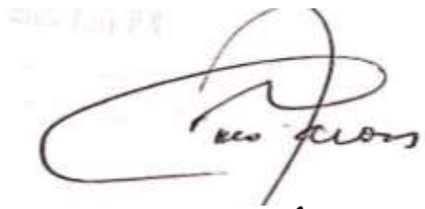
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,

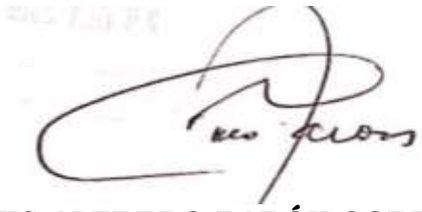


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de $ 300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN DE JESÚS MORALES CHISNES CORTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **JUAN DE JESÚS MORALES CHISNES** se **declare** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo invalido consagrada en el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de septiembre de 2018, día siguiente a su última cotización al sistema general de pensiones, se **condene** a COLPENSIONES a pagarle la pensión de vejez por hijo invalido a partir del 1° de septiembre de 2018, se **condene** a COLPENSIONES a que las sumas adeudadas sean debidamente

indexadas, se **condene** a la demandada al pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho; y se **condene** ultra y extra petita (fls.61).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 62 a 63 del plenario, en los cuales se señalaron; que nació el 12 de junio de 1961, que fue afiliado al ISS desde el 2 de abril de 1979, en donde aportó hasta el 31 de agosto de 2018, un total de 1,886.71 semanas, que el día 29 de julio de 1989 contrajo matrimonio con la señora ANA CECILIA GARZÓN CORTES, que fruto de dicha unión nació DIEGO ALEJANDRO MORALES GARZÓN el 13 de enero de 1995, que a través de dictamen DML-1566 del 19 de abril de 2018, expedido por COLPENSIONES se le dictaminó al joven DIEGO ALEJANDRO MORALES GARZÓN una pérdida de capacidad laboral del 58,2% de origen común y fecha de estructuración el 13 de enero de 1995, que el 6 de agosto de 2018, solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez por hijo invalido, solicitud que se resolvió mediante acto administrativo No. SUB 217000 del 15 de agosto de 2018, en la cual se negó el derecho bajo el argumento de que no tiene la calidad de padre cabeza de familia, frente a la cual se interpuso recurso de apelación el cual se resolvió mediante resolución DIR 17241 del 25 de septiembre de 2018, en donde se confirmó en todas sus parte la resolución inicial, que actualmente no tiene empleo, que hijo depende económicamente de los ingresos de su padre como también su esposa ANA CECILIA GARZÓN CORTES, que su hijo presenta los siguientes diagnósticos: retraso mental moderado, deterioro del comportamiento de grado no especificado e hipoacusia neurosensorial bilateral y su esposa tiene como patologías, trombosis antigua mal recanalizada con insuficiencia secundaria severa de la femoral común, femoral y de la poplítea proximal, depresión mayor, retención urinaria, polaquiuria, lumbago no especificado y cefalea.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 7 a 11, 17 y 19; los cuales tienen que ver con fecha de nacimiento del actor, afiliación al ISS, aportes efectuados y última cotización, dictamen de pérdida de capacidad ocupacional emitido por la entidad, solicitud presentada por el actor para el reconocimiento pensional y negativa, y patologías médicas que tiene el hijo del actor y esposa, en cuanto a los demás hechos dijo no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indexación, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fls. 80 a 82).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante audiencia del 15 de mayo de 2020, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, **condenó** a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión especial de vejez a favor del demandante **JUAN DE JESÚS MORALES CHISNES** a partir del día 1° de septiembre de 2018, en cuantía de $2.241.807, sobre la base de 13 mensualidades pensionales al año, **ordenó** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional con sus correspondientes reajustes, a partir de dicha calenda autorizando los descuentos en salud que a ese lugar hubiere, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar intereses moratorios del Art. 141 de la ley 100 de 1993, a partir del día 06 de febrero de 2019 y hasta su efectivo pago, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás súplicas de la demandada, **declaró** no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y **condenó** en costas a COLPENSIONES en la suma de $1.800.000 (CD fl.94).

Como argumento de su decisión, el *a quo* hizo relación a las pruebas documentales aportadas al plenario consistentes en el dictamen emitido por COLPENSIONES con el cual fue calificada la pérdida de capacidad ocupacional de DIEGO ALEJANDRO MORALES con un porcentaje de 58,2%. En lo que tiene que ver con las circunstancias de dependencia económica manifiesta que se acompañó registro único de la protección social RUAF en la que aparece la señora ANA CECILIA GARZÓN CORTES con fecha de nacimiento de 31 de marzo de 1965, estado civil casada, beneficiaria de salud NUEVA EPS que tiene unos antecedentes consistentes en un dictamen relacionado con una trombosis venosa en sus extremidades inferiores. Por otra parte, de las cotizaciones del sistema de seguridad social el demandante acredita un total de 1,886.71 semanas, así como también de las resoluciones de COLPENSIONES radica la solicitud que hizo el demandante el 6 de agosto de 2018.

Establece el sentenciador que teniendo en cuenta el recaudo probatorio y la prueba testimonial, se puedo verificar que el núcleo familiar a pertenecido a los testigos de Jehová, que el demandante ha prestado sus servicios durante una cantidad de tiempo a la casa editorial el tiempo, que decide renunciar en el año 2018, para estar pendiente del cuidado de DIEGO ALEJANDRO, que la señora ANA CECILIA GARZÓN no ha tenido un trabajo constante, no tiene afiliación a pensiones como lo registra sus reportes en el RUAF. Seguidamente el *a quo* se pronuncia sobre los motivos que llevaron a COLPENSIONES a negar el derecho pensional del actor, consistente en los siguiente:

1.) Condición de padre de familia, frente a lo cual estableció que la CSJ Sala Laboral ha determinado en sentencia SL 1991 de 2019, que la pensión especial de vejez por hijo invalido no requiere que el progenitor tenga una calidad o padre de cabeza de familia, lo anterior por cuanto la norma no establece esa exigencia, la norma no puede

tener un efecto de liberar de las obligaciones familiares y alimentarias de los padres, por lo tanto es factible el soporte económico por parte de los 2 padres y la idea que subyace de la pensión de vejez es que el progenitor abandone su vida laboral para dedicarse al cuidado pleno de su hijo. De lo cual podía inferirse que la dependencia económica del hijo debe ser preponderantemente económico, en ese sentido el despacho observaba que la interpretación que se le dio a la norma era errónea, aunado a ello las condiciones fácticas del presente asunto se observaba no solamente las declaraciones testimoniales, sino que también el RUAF la condición de beneficiaria de la señora ANA CECILIA GARZÓN.

2.) En cuanto al cuidado personal del hijo invalido, estableció que la norma nunca ha hecho una especificación de un cumplimiento o función de atender al hijo, resalta que esto puede ser cumplido por el otro cónyuge, que la Corte Constitucional en sentencia C 227 de 2004, refirió que la subordinación es de carácter económica, esta norma lo que busca es impulsar un proceso de rehabilitación y ayuda a vivir en forma digna sin que su ingreso económico se afecte, por lo que es contradictorio exigir dependencia económica y de acompañamiento; y cuidado por cuanto padre y madre están en la obligación de responder por sus hijos, así que en ultimas sería un contrasentido de la norma señalar que el correcto entendimiento hace que impida un cuidado exclusivo de su descendiente en condición de discapacidad, así una correcta interpretación de la utilización de la regla interpretativa debe ser armoniosa frente a esta disposición legal, la misma disposición de motivos ha señalado que el objetivo de la prestación pensional es conceder el beneficio al padre trabajador responsable de la manutención del hijo por una discapacidad física o mental lo que implica es facilitar que los acompañe.

Por su parte la testigo MARÍA LUIS TORRES había manifestado que el demandante se retiró de su trabajo para poder estar pendiente de su hijo y poder iniciar su reclamación administrativa, quedando demostrado que el demandante hasta el momento del retiro y con posterioridad a proveído los elementos económicos del hogar, mientras que la madre a cumplido la función de atender al hijo, por lo tanto, el demandante era acreedor de la pensión pretendida.

3.) Finalmente, precisa que en cuanto a la negativa de COLPENSIONES relacionada con que debe contarse con un dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, no tiene ningún parámetro de tarifa legal, por ende COLPENSIONES no puede argumentar que tiene que recurrirse a una instancia calificadora especial, además de ser una condición desfachatada que termine COLPENSIONES desconociendo su propia calificación, la tarifa legal se dio conforme a los parámetros del Decreto 1507 de 2014, que es el manual vigente único de calificación de invalidez, por lo tanto, se considera como un parámetro probatorio idóneo.

Determinado lo anterior, procedió a calcular la mesada pensional y fecha de causación; y disfrute de la misma, indicando que quedó acreditada la desvinculación laboral el 31 de agosto de 2018, por lo que debía ordenarse a COLPENSIONES a reconocer la prestación a partir del 1° de septiembre de 2018, el IBL lo estableció conforme al artículo 21 de Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en los 10 últimos años, calculando una tasa de remplazo del 78,68%, para una mesada pensional en la suma de $2.241.807, condenó al pago de intereses moratorios a partir del 6 de febrero de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que de conformidad con los

requisitos de la pensión especial de vejez por hijo invalido debe tenerse en cuenta la circular interna 08 del 30 de abril de 2014, la cual consideró de acuerdo a lo establecido en la Ley 82 de 1993, que la madre cabeza de familia o padre conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional según sentencia C 989 de 2006, es la mujer u hombre según el caso siendo soltera o casada tenga bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente hijos menores u otras personas incapaces para trabajar, debe tenerse en cuenta los aspectos generales de la dependencia económica que en este caso se encuentran en proceso de acreditación conforme a lo establecido en primera instancia, de la anterior norma se observa que el padre o madre cabeza de familia siendo soltero o casado debe tener su cargo bien sea el hijo discapacitado, por lo tanto debe acreditarse esa calidad de padre o madre cabeza de familia, por lo que el reconocimiento solicitado no puede ser reconocido, pues no se allega ningún documento con el cual verdaderamente se esté demostrando esta calidad de padre cabeza de familia, ya que no se evidencia por parte de la compañera u esposa del demandante que exista alguna incapacidad física o sensorial, por lo que no se logra establecer de manera clara para la entidad que se encuentre frente a la calidad de padre cabeza de familia. Solicita, además, no se condene al pago de intereses moratorios, por cuanto estos proceden cuando no se paga oportunamente las mesadas pensionales, lo cual no se ha presentado en este caso.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en este caso consiste en determinar si el demandante tiene derecho a la pensión especial de vejez con hijo inválido contenida en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en consecuencia si debe reconocerse la pensión a partir del 1° de septiembre de

2018, si deben reconocerse intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

CONSIDERACIONES

Al respecto, se tiene que el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, señala:

> *"La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo."*

La expresión "madre" fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia del 29 de noviembre de 2006, en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se haría extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 17898 radicado 47492 del 30 de noviembre de 2016, indicó:

> *"Tal beneficio especial, se otorga con el fin de que la madre o el padre de un hijo con un grado alto de vulnerabilidad, pueda compensar mediante el cuidado personal sus insuficiencias y colaborarle en el proceso de rehabilitación. Así pues, esta prestación tiende a favorecer a las personas afectadas por una minusvalía, quienes dentro del sistema jurídico colombiano merecen una especial protección conforme lo ordenan las disposiciones constitucionales y lo imponen las obligaciones*

internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados como la Convención Interamericana sobre los Discapacitados, aprobada mediante la Ley 762 de 2002."

"En esa línea, para acceder a la prestación han de cumplirse tres condiciones:

1) *que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;*

2) *que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada;*

3) *que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, según fuere el caso."*

"A su vez, la disposición establece como condición de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez:

1) *que el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre, y*

2) *que el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral."*

En ese orden de ideas, al constatar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada, se tiene que cotizó un total de **1,886.71 semanas** en COLPENSIONES, entre el 2 de abril de 1979 al 31 de agosto de 2018 (fls. 7 a 9), se encuentra acreditado que DIEGO ALEJANDRO MORALES GARZÓN es su hijo como consta del registro de nacimiento visible a folio 16, quien cuenta con una pérdida de capacidad ocupacional del 58,2%, con fecha de estructuración 13 de enero de 1995, es decir, desde la fecha de su nacimiento, como da cuenta el dictamen pericial de pérdida de capacidad ocupacional expedido por COLPENSIONES el 19 de abril de 2018 (fls. 19 a 21).

Así mismo, se encuentra acreditado que el señor JUAN DE JESÚS MORALES CHISNES solicitó el 6 de agosto de 2018, el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por hijo invalido, solicitud que fue

resuelta negativamente por COLPENSIONES mediante resolución SUB 217000 del 15 de agosto de 2018, bajo los siguientes argumentos:

> *"que el solicitante allega declaración extrajuicio donde manifiesta que su estado civil es casado, frente a lo cual de conformidad con el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado a su vez por la Ley 1232 de 2008, no allega documento alguno donde demuestre que la calidad de padre cabeza de familia obedezca a que su compañera presenta alguna incapacidad física, sensorial, psíquica o moral, razón por la cual no se logra establecer que el solicitante tenga la calidad de padre cabeza de familia*
>
> *De esta forma, frente a la incapacidad física, sensorial, psíquica de cónyuge o compañero permanente, la prueba que resultaría procedente y aceptable es la emitida por las Juntas calificadoras de invalidez conforme a lo previsto en el Decreto 1507 de 2014, precisando que el procedimiento de calificación través de las Juntas de Calificación es obligatorio de manera universal para todos los afiliados al sistema de seguridad social. La Ley 1562 de 2012 y el Decreto 1352 de 2013 compilado por el Decreto 1072 de 2015 ratifican las funciones de las Juntas Calificadoras como organismos del sistema de seguridad social".*

La anterior tesis fue confirmada por la entidad al resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor en resolución DIR 17241 del 25 de septiembre de 2018, teniendo en cuenta las razones por las cuales COLPENSIONES niega el derecho pensional, que tiene que ver técnicamente en que no se demostró la condición de padre cabeza de familia, dependencia económica y social exclusiva, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en efecto como lo manifestó el *a quo* ha adoctrinado en sentencias SL17898-2016, reiterada en las sentencia SL1991-2019 y SL 739 de 2021, que la pensión especial consagrada en el citado precepto no exige que el progenitor a cargo del hijo o hija inválidos, deba tener la calidad de padre o madre cabeza de familia, toda vez que el inciso 2.° del parágrafo 4.° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no contiene ese requisito, señalando en esta última sentencia textualmente lo siguiente:

> *"Lo anterior, por cuanto se ha estimado como inadmisible una interpretación que sesgue el objeto perseguido con la implementación de*

aquel dispositivo, la protección de los intereses del hijo o hija invalida del afiliado, y los derechos pensionales de este último, que aspira a dicha prestación para cumplir precisamente con las obligaciones familiares y alimentarias, ya que la finalidad en la concepción de esta pensión especial de vejez, es que el progenitor cese su vida laboral para dedicarse a la entera atención de su descendiente en condición de discapacidad, por lo que se infiere así mismo, que la dependencia de aquellos respecto del padre o madre, debe ser predominantemente económica.

Por consiguiente, es viable que ese soporte económico provenga de uno u otro progenitor, máxime, cuando dicha preceptiva legal no puede tener el efecto de liberar de aquellas obligaciones constitucionales y legales.

Al respecto, en la primera de las sentencias en cita la Sala señaló:

(…)

Así, se ha de advertir que en la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto 98 de 2002 - Senado, se señaló que el objetivo de la norma era concederle el beneficio de esta especial pensión de vejez, a la madre responsable de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, con el fin de facilitarle su acompañamiento y, en esa medida, propender por su cuidado y rehabilitación.

En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos ***que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas****, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).*

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que

es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.

Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres.

*En efecto, el numeral 7 del artículo 42 de la Constitución Política, establece que «La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, **y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos**» (resaltado no es original). De ahí que por su consagración constitucional, el derecho de alimentos -entendido como: todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, así como la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto[1]-, constituya por excelencia un derecho fundamental de toda persona, por tanto, la ley y la jurisprudencia deben propender por ubicar esta figura en claros escenarios de prevalencia.*

Ahora, en los términos del artículo 413 del Código Civil, los alimentos pueden ser congruos o necesarios y comprenden la obligación de ambos padres, de proporcionarlos a sus hijos hasta el advenimiento de la mayoría de edad, es decir, hasta los dieciocho (18) años según lo establece la Ley 27 de 1977. Esta limitante de la mayoría de edad claramente resulta intrascendente, en el caso de que los hijos sean inválidos como en el sub lite, pues en tal caso, la obligación permanecerá indemne hasta tanto persista esa condición.

Y es que la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, se ubica en forma primigenia dentro de los deberes que se generan en el seno de una familia, y pese a que se trata de un tema preciso y específico del campo civil, varias disposiciones nacionales se ocupan del tema. Para no ir más lejos, en materia de seguridad social, en tratándose de las pensiones

[1] Artículo 24 de la Ley 1098 de 2006.

de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad, esta Sala ha sostenido que se presume la dependencia económica respecto del causante, posición que también ha sido avalada por la Corte Constitucional.

Entonces, la falta de la condición de madre cabeza de familia, no puede erigirse como un elemento constitutivo de marginación para acceder a la prestación reclamada, cuando, por lo visto, los hijos menores e inválidos, por ley dependen económicamente de sus dos progenitores, y precisamente, la pensión especial propende porque uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no solo del discapacitado sino de su padre o madre según el caso.

Por eso, resulta claro que ese derecho también está ligado a otras garantías fundamentales como el mínimo vital, alimentos y seguridad social.

En esencia, no puede avalarse una interpretación restrictiva del precepto que consagra la prestación pensional que se reclama, en los términos que lo realizó el Tribunal, pues hacerlo, sería tanto como condicionar su procedencia a la extinción de un deber jurídico del otro progenitor, esto es, de su obligación de brindar alimentos a su hijo inválido.

Así las cosas, la exégesis que le imprime la Sala al mencionado requisito de dependencia económica para acceder a la pensión especial consagrada en el parágrafo 4 del artículo 9, inciso 2 de la Ley 797 de 2003, coincide con el interés proteccionista del legislador frente a este grupo de extrema vulnerabilidad, merecedor de una especial consideración, así como con la necesidad de avanzar en la concesión de algunos beneficios conforme el principio de progresividad que caracteriza el Sistema de Seguridad Social Integral.

Aunado, esta postura no desentona con la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-989 de 2006, pues si bien en dicha providencia se acudió a las expresiones «madre cabeza de familia» y «padre cabeza de familia», ello no tuvo como fin darle el significado entendido por el ad quem, en tanto en dicha oportunidad, esos conceptos se equipararon a los de «madre trabajadora» y «padre trabajador», para excluir una discriminación por razones de género en vista que la norma solo aludía al primero de ellos.

Tampoco contradice lo adoctrinado por esta Sala en sentencia CSJ SL785-2013, 6 nov. 2013, rad. 40517, en la medida que, en esa oportunidad, se acudió al concepto de madre cabeza de familia, por razón de que la demandante tenía tal condición; no obstante, esa circunstancia no fue asimilada a la noción de dependencia económica; al contrario, en dicha

providencia se hizo alusión «a la responsabilidad alimentaria que les asigna la ley a los padres», como un factor para efectos de verificar tal requisito que, dicho sea de paso, en ese asunto no era objeto de discusión".

De tal manera, que la tesis fundada por la entidad accionada no tiene sustento alguno, pues evidentemente está solicitando requisitos adicionales a los contemplados en la norma para el reconocimiento de la pensión especial. Aunado a que verificado el Sistema Integral de Información de la Protección Social RUAF de la señora ANA CECILIA GARZÓN CORTES cónyuge del actor, se puede ver que es beneficiaria del sistema de salud en la NUEVA EPS, no percibe pensión, no se encuentra afiliada como trabajadora, como tampoco costa que lo haya estado anteriormente, igualmente se aportó historia clínica de la cónyuge en la cual se deja constancia que padece de trombosis venosa profunda, miembro inferior izquierdo y lumbago no especificado (fls.45 a 54), lo cual se corrobora con la prueba testimonial, demostrándose con ello que es el actor quien sufraga los gastos del hogar, que ante los padecimiento de salud de su esposa ha tenido que dejar de laborar para estar al cuidado de su hijo en estado de invalidez, cumpliéndose así con la finalidad de la norma que no es más que el cuidado permanente del hijo en condición de discapacidad, además de que una vez ceso su vida laboral procedió a realizar los trámites para que se llevará a cabo el dictamen de pérdida de capacidad ocupacional de su hijo y seguidamente solicitó el reconocimiento pensional, situaciones que conllevan a establecer que ciertamente reúne los requisitos para acceder a la pensión especial solicitada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, verificada la historia laboral del demandante se tiene que la última cotización efectuada al sistema pensional

lo fue en el mes de agosto de 2018, momento para el cual acreditaba un total de **1,886,71 semanas** de cotización en toda su vida laboral, momento para el cual ya contaba con el dictamen de pérdida de capacidad ocupacional de su hijo invalido, el cual fue expedido por COLPENSIONES el 19 de abril de 2018, por lo tanto, asiste razón al Juez en cuanto a que la causación y disfrute de la pensión debe ser a partir del **1° de septiembre de 2018**.

En cuanto a la **mesada pensional** la misma deberá calcularse conforme a lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral y los últimos 10 años, teniendo en cuenta que a la fecha supera las 1,250 semanas de cotización, frente a lo cual deberá tomarse la mesada que le resulta más favorable al actor. Al efectuarse los cálculos aritméticos por parte de esta instancia judicial arrojó como IBL en los 10 últimos años la suma de $2.855.261,66 y toda la vida laboral la suma de $2.212.079,14, siendo el más favorable el promedio de los 10 últimos años, que al aplicarse la tasa de remplazo contemplado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, esto es, del 80% arroja una primera mesada pensional en la suma de $2.284.209,33, es decir, superior a la calculada por el *a quo*, pues está correspondió a la suma de $2.241.807, sin embargo, teniendo en cuenta que este aspecto se está analizando en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES, se mantendrá el valor de la mesada arrojada en primera instancia.

Intereses moratorios

El artículo 9º de la Ley 797 de 2003 y 4º de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes.

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante reclamó **el 6 de agosto de 2018** (fl.27), de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **6 de febrero de 2019,** para resolver positivamente la solicitud y no lo hizo a pesar de reunir el demandante con los requisitos legales para ello, por lo que habrá de reconocerse los mismos a partir del **6 de febrero de 2019**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago, tal y como lo consideró el Juez de primera instancia.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, como quiera que el demandante se le hizo exigible el derecho pensional el 1° de septiembre de 2018, reclamó el 6 de agosto de 2018, la cual se resolvió mediante resolución SUB 217000 del 15 de agosto de 2018, el recurso de apelación se desató en resolución DIR 17241 del 25 de septiembre de 2018 y la demanda se radicó el 5 de marzo de 2019 (fl.76), sin que de una fecha a otra superara los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

COSTAS

COSTAS en esta instancia, a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

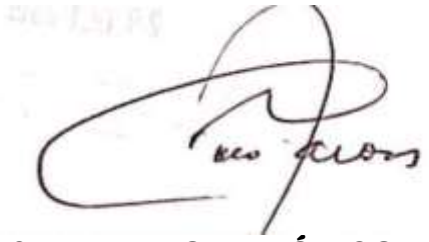
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

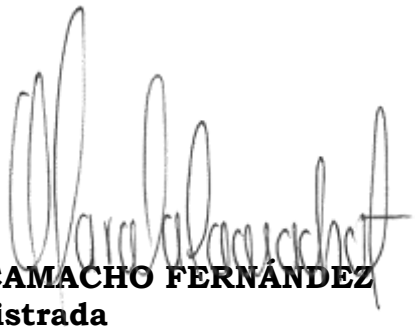
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



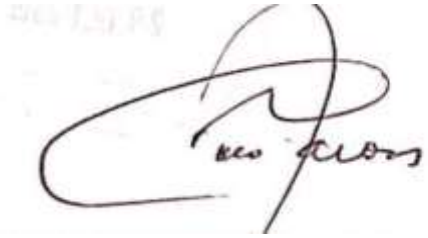
LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
2008	240	64,820	96,92	1,495	$ 2.298.750,00	$ 3.437.131,29	$ 27.497.050,29
2009	360	69,800	96,92	1,389	$ 2.034.166,67	$ 2.824.519,10	$ 33.894.229,23
2010	360	71,200	96,92	1,361	$ 2.085.500,00	$ 2.838.857,58	$ 34.066.291,01
2011	360	73,450	96,92	1,320	$ 2.204.000,00	$ 2.908.259,77	$ 34.899.117,22
2012	360	76,190	96,92	1,272	$ 2.260.166,67	$ 2.875.119,48	$ 34.501.433,78
2013	360	78,050	96,92	1,242	$ 2.511.416,67	$ 3.118.597,10	$ 37.423.165,15
2014	360	79,560	96,92	1,218	$ 2.506.833,33	$ 3.053.824,62	$ 36.645.895,42
2015	360	82,470	96,92	1,175	$ 2.307.333,33	$ 2.711.613,27	$ 32.539.359,28
2016	360	88,050	96,92	1,101	$ 2.299.916,67	$ 2.531.606,17	$ 30.379.274,05
2017	360	93,110	96,92	1,041	$ 2.474.301,17	$ 2.575.547,94	$ 30.906.575,33
2018	120	96,920	96,92	1,000	$ 2.469.752,00	$ 2.469.752,00	$ 9.879.008,00
Total días	**3600**	**Total devengado actualizado a:**				**2018**	**$ 342.631.398,77**
Total semanas	**514,29**	**Ingreso Base Liquidación**					**$ 2.855.261,66**
Total Años	**10,00**	**Porcentaje aplicado**					**80,00%**

		Primera mesada		**$ 2.284.209,33**
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	**2018**	**$ 781.242,00**

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MERCEDES AMANDA PINZÓN BARRAGÁN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MERCEDES AMANDA PINZÓN BARRAGÁN,** se **declare** que se afilió desde el 6 de diciembre de 1995 al ISS hoy COLPENSIONES, se **declare** que ha cotizado en el sistema general de pensiones desde el 1° de noviembre de 1986 al 31 de agosto de 2017, se **declare** que se trasladó a PORVENIR S.A. el 1° de enero de 1999, se **declare** que las demandadas no cumplieron con los requisitos mínimos para efectuar el cambio de fondo y sistema pensional, se **declare** la nulidad del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES a su retorno inmediato a dicho fondo conservando el régimen de prima media y manteniendo los beneficios del mismo, se **condene** a PORVENIR S.A. a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, juntos con los rendimientos causados, como lo dispone el

artículo 1746 del C.C., se **condene** a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir del 31 de agosto de 2017, fecha en que cumplió con los requisitos de tiempo cotizado y ya tenía la edad para pensionarse acorde con el principio de la condición más beneficiosa conforme al Acuerdo 049 de 1990 o Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, se **condene** a COLPENSIONES a pagarle intereses moratorios sobre el valor total de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde la fecha en que hicieron exigibles hasta que efectivamente se pague de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** ultra y extra petita (fls.20 a 23).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.5 a 10), señaló en síntesis que nació el 10 de junio de 1960, que en su condición de trabajadora dependiente del hoy Hospital del Sur ESE se afilió desde el 6 de diciembre de 1995, al ISS hoy COLPENSIONES, que ha cotizado al sistema de seguridad social en pensiones desde el 1° de noviembre de 1986 al 31 de agosto de 2017, que el 1° de enero de 1999, se trasladó al RAIS a través de PROVENIR S.A., que formulario de traslado se realizó el 21 de diciembre de 1998, que el formulario presenta varias inconsistencias se señala que traslado y vinculación de cesantías y se indica que se encontraba afiliada a la Caja de Previsión del Distrito cuando ya se encontraba afiliada al ISS, que al momento de trasladarse de régimen no se encontraba cobijada por el régimen de transición, que las demandadas no cumplieron con los requisitos mínimos para efectuar el cambio de fondo y sistema pensional, que solicitó el cambio de régimen ante los fondos siendo contestado por PORVENIR el 3 de abril de 2018, por su lado COLPENSIONES guardó silencio. Destaca que las administradoras aquí demandadas faltaron al deber profesional de información al no suministraron una información clara, completa y cierta de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional, PORVENIR S.A. faltó a su deber profesional al no proporcionar información, ni buen consejo para cambio de régimen pensional, dejo de aplicar el debido proceso artículo 29 C.N. y el principio de la condición más beneficiosa en pro del trabajador con comedidamente con el principio de favorabilidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 4, 5, 8, 10, 11 y 13, parcialmente el numeral 6, los cuales tiene relación con fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado al RAIS, fecha de formulario de afiliación, acepta que no era beneficiaria del régimen de transición al momento del traslado y solicitud de traslado, no ser ciertos los numerales 2 y 14, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, petición antes de tiempo, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones (fls. 136 a 144).

PORVENIR S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 5, 8, 10, 11, 13 y 14, los cuales tiene relación con fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado al RAIS, fecha de formulario de afiliación, acepta que no era beneficiaria del régimen de transición al momento del traslado y solicitud de traslado, no constarle los numerales 2, 3 y 12; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica (fls. 175 a 186).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2020 (CD – fl. 240), **declaró** nula o invalida la afiliación efectuada por la señora demandante el 21 de diciembre de 1998, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y como consecuencia, **ordenó** a PORVENIR S.A. a trasladar los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro de la demandante al régimen de prima media a través de COLPENSIONES para que ésta reciba dichas recursos y reactive la afiliación de la demandante y acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado de régimen, **condenó** a COLPENSIONES a

reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2017, en cuantía inicial de $2.508.837, la cual se pagará en 13 mesadas pensionales y se le deberán hacer los reajustes que ha dispuesto el Gobierno Nacional año a año hasta su inclusión en nómina con el valor que le corresponde, igualmente **autorizó** conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, descontar el retroactivo los aportes a la seguridad social en salud, **absolvió** las demandadas de las demás pretensiones, **dispuso** que el retroactivo de las mesadas pensionales se paguen debidamente indexadas y se **abstuvo** de condenar en costas.

Como fundamento a su decisión, indicó que la demandante empezó a trabajar el 10 de noviembre del año 1986 y hasta el 30 de enero de 1988, como odontóloga rural en la Secretaria de Bogotá, tiempos estos que no cotizó al sistema general de pensiones, pero que sí generaron el bono pensional por estos tiempos públicos, que a partir del 1° de enero de 1996 se afilió con el mismo empleador Hospital de Kennedy al ISS y cotizó un total de 158,57 semanas, ya el 21 de diciembre de 1998, se trasladó al RAIS a través de POVENIR. En relación a la solicitud de nulidad y/o ineficacia del traslado señaló que teniendo en cuenta la fecha en que ocurrió el traslado la norma a aplicar correspondía al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hace relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionada con la carga de la prueba a cargo de las AFP, sosteniendo que no se encuentra acreditado en el presente asunto el deber de información, ya que lo único que existe es el formulario de afiliación, siendo entonces procedente declarar la nulidad de la afiliación.

En canto a la pensión de vejez, procedió hacer el estudio de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, que según reporte de POVENIR reúne un total de 1,553 semanas de las cuales 598 corresponden a tiempos públicos, más los que cotizó al ISS y 955 que cotizó en PORVENIR, superando las 1,300 semanas que exige la Ley, en cuanto a la edad mencionó que la demandante nació el 10 de junio de 1960, por lo que el 10 de junio de 2017, cumplió los 57 años de edad, sin embargo, conforme al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, debe acreditarse el retiro del sistema pensional, observando de la historia laboral que cotizó hasta el 10 de agosto de 2017, siendo entonces su retiro definitivo el 1° de septiembre de 2017,

por lo que a partir de dicha data reconoció el derecho pensional, en cuanto a la cuantía de la mesada se refirió al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sosteniendo que el IBL más favorable corresponde a la suma de $3.563.090 y aplicó una tasa de remplazo del 70,61%, para una primera mesada pensional de $2.508.837. Negó el pago de intereses moratorios bajo el argumento de que el demandante no ha solicitado el reconocimiento pensional, además de que no es afiliada a COLPENSIONES como para que se le hiciera exigible una prestación pensional solo hasta el día en que se declara la nulidad del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, señalando que teniendo en cuenta que la adopción del Juez de primera instancia de declarar la nulidad o invalidez a favor de la demandante se basó en la línea jurisprudencial de la CSJ, la inconformidad radica en que se basó en una línea jurisprudencial que no tiene las mismas pretensiones, debe tenerse en cuenta que toda esta línea jurisprudencial tiene un factor fáctico que es ser beneficiario del régimen de transición, independientemente que la última línea jurisprudencial invoque que no tiene injerencia si existe el beneficio de la transición, por lo tanto, no se puede hablar de una línea jurisprudencial ya sentada, esto lo es únicamente para quienes tienen un derecho adquirido, una expectativa legítima o un régimen de transición, además en reiteradas salas del Tribunal Superior de Bogotá se ha entendido este aspecto, frente a esas etapas del deber de información que le ha asistido a las administradoras de pensiones ha sido de carácter progresivo y al momento en que se realizó el traslado de régimen la demandante se encontraba en esa primera etapa en donde solamente se hacía un énfasis o una obligación de dejar por escrito ese deber de información con el formulario que es con la única constancia con la que cuenta PORVENIR, por tales aspectos, solicita sea revocada la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de

ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual. Así mismo, se estudiará si la demandante cumple con los requisitos para la pensión de vejez y si operó o no la excepción de prescripción.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MERCEDES AMANDA PINZÓN BARRAGÁN el 21 de diciembre de 1998 (fl. 187), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. efectuando cotizaciones a partir del 1° de febrero de 1999 y donde se encuentra vinculada actualmente, efectuó

aportes a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DISTRITAL del 10 de noviembre de 1986 al 30 de enero de 1988, del 5 de mayo de 1988 al 31 de diciembre de 1995 y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 1° de enero de 1996 al 31 de enero de 1999, como se puede ver la historia laboral emitida por dicha entidad (fls. 37 a 38), para un total de 158,57 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 187 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP PORVENIR S.A., debió informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la actora buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en dicho fondo, cabe resaltar que para esta Sala de decisión no resulta obligatorio lo decidido por otras Salas de decisión del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que tienen posturas diferentes a las aquí definidas, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".*

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar

precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal primero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Pensión de vejez

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 10 de junio de 1960 (fl.70), por lo que a la fecha cuenta con 61 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados en la norma.

En cuanto al segundo requisito, esto es las semanas de cotización, se tiene que de la historia laboral de COLPENSIONES la demandante acredita un total de **158,57 semanas** de cotización (fls.37 a 38), en otras CAJAS DE PREVISIÓN efectuó aportes del 10 de noviembre de 1986 al 30 de enero de 1988 que corresponde a 63 semanas de cotización y del 5 de mayo de 1988 al 31 de diciembre de 1995, que equivalen a 394 semanas (fl.73 y 77), para un total de **457 semanas** y en el RAIS conforme a la documental que milita a folio 46, POVENIR certifica que la actora en dicho régimen acumuló un total de **955 semanas** documento que no fue tachado, ni refutado por las partes, por lo que sumadas las cotizaciones efectuados en los dos regímenes pensionales la actora reúne un total de **1,570.57 semanas** de cotización lo que la hace acreedora a la pensión solicitada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o **cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez** (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017). A folios 52 a 69 se encuentra historia laboral de la demandante en POVENIR S.A. en la cual se puede ver que la última cotización realizada fue en el mes de agosto de 2017, entendiéndose su voluntad de no seguir cotizando al sistema pensional, por lo tanto, el disfrute pensional será a partir del **1° de septiembre de 2017**, como lo tuvo por sentado el *a quo*.

En cuanto al cálculo de la **mesada pensional** se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral o los últimos 10 años dependiendo de cuál le sea más favorable, al haber acreditado más de 1,250 semanas de cotización, por lo que efectuados los cálculos aritméticos por parte de esta instancia judicial arrojó un IBL de los 10 últimos años en la suma de $3.497.559,04 y de toda la vida laboral de $2.677.102,81, resultando más beneficioso lo cotizado en los 10 últimos años, que al aplicarse una tasa de remplazo del 66,13% corresponde una **primera mesada pensional en la suma de $2.312.917,29**, conforme se puede ver de la liquidación adjunta, por lo que deberá **modificarse** la establecida en primera instancia, lo anterior teniendo en cuenta el grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que la demandante adquirió el derecho a la pensión a partir del mes de septiembre de 2017, momento

en que dejó de efectuar aportes al sistema pensional, radicó la demanda el 1° de septiembre de 2018 (fl.94) y se notificó a COLPENSIONES el 19 de noviembre de 2018 (fl.132) (esto es durante el término establecido en el artículo 91 del CGP), lo cual demuestra que no superó los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas, y sin más consideraciones se **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal primero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y se confirmará en lo demás.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. como quiera que su recurso de alzada no resultó avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

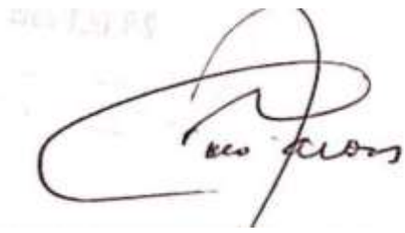
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la mesada pensional ordena en primera instancia, para lo cual se tendrá como primera mesada pensional la suma de $2.312.917,29, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

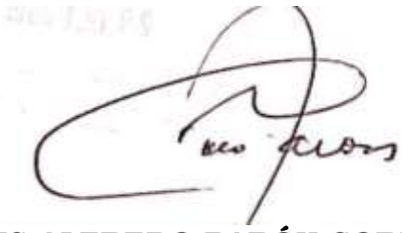


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR en la suma de $900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2007	*120*	*61,330*	*93,11*	*1,518*	*$ 1.657.600,25*	*$ 2.516.536,10*	*$ 10.066.144,42*
2008	*360*	*64,820*	*93,11*	*1,436*	*$ 1.948.374,42*	*$ 2.798.721,72*	*$ 33.584.660,65*
2009	*360*	*69,800*	*93,11*	*1,334*	*$ 2.140.016,42*	*$ 2.854.683,79*	*$ 34.256.205,48*
2010	*360*	*71,200*	*93,11*	*1,308*	*$ 2.699.133,17*	*$ 3.529.723,16*	*$ 42.356.677,95*
2011	*360*	*73,450*	*93,11*	*1,268*	*$ 2.651.427,50*	*$ 3.361.122,05*	*$ 40.333.464,59*
2012	*360*	*76,190*	*93,11*	*1,222*	*$ 2.727.439,58*	*$ 3.333.139,51*	*$ 39.997.674,17*
2013	*360*	*78,050*	*93,11*	*1,193*	*$ 3.000.648,67*	*$ 3.579.633,53*	*$ 42.955.602,41*
2014	*360*	*79,560*	*93,11*	*1,170*	*$ 3.113.743,58*	*$ 3.644.050,59*	*$ 43.728.607,10*
2015	*360*	*82,470*	*93,11*	*1,129*	*$ 3.290.502,17*	*$ 3.715.031,61*	*$ 44.580.379,30*
2016	*360*	*88,050*	*93,11*	*1,057*	*$ 2.722.730,17*	*$ 2.879.198,25*	*$ 34.550.378,99*
2017	*240*	*93,110*	*93,11*	*1,000*	*$ 6.662.161,25*	*$ 6.662.161,25*	*$ 53.297.290,00*
Total días	***3600***	***Total devengado actualizado a:***				***2017***	***$ 419.707.085,05***
Total semanas	***514,29***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 3.497.559,04***
Total Años	***10,00***	***Porcentaje aplicado***					***66,13%***
		Primera mesada					***$ 2.312.917,29***
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				***2017***	***$ 737.717,00***

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARCIA FARIDE GÓMEZ GÓMEZ CONTRA SANITAS EPS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARCIA FARIDE GÓMEZ GÓMEZ** se expida certificado de incapacidad laboral por enfermedad general desde el 17 de marzo de 2007 hasta el 8 de julio de 2016, como consecuencia de la hemiparesia espástica izquierda con espasticidad aschworth, se **condene** al pago de prestaciones económicas de subsidio equivalente a la incapacidad laboral por enfermedad general desde el 17 de marzo de 2007 hasta el 8 de julio de 2016, en cuantía de $107.450.573 o la que resulte de las bases que se demuestren en el proceso debidamente reajustadas en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga, tomando como base el IPC, se **condene** ultra y extra petita, se **condene** a que los valores reconocidos se ajusten a la fecha del pago, con la correspondiente indexación y/o corrección monetaria y se **condene** al pago de costas procesales (fls.2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones *(fls. 3 a 4),* señaló que el 4 de abril de 2017, radicó derecho de petición en la EPS SANITAS para solicitar el pago de la incapacidad de 150 a 180 días y hasta los 540 días, el día 24 de abril de 2017, por oficio LM1DG -42666-17 entre otros argumentos expresó que no procedía, porque el médico tratante no había expedido incapacidad, que el 6 de febrero de 2018, se solicitó ante la EPS reconocer la incapacidad del día 181 al 9 de julio de 2016, entre otras solicitudes, frente a lo cual la EPS respondió que no se encontró registro de radicación, ni expedición de incapacidades a su nombre a partir del 16 de marzo de 2007, que con anterioridad no había presentado reclamación, pues aún no se había consolidado la pensión de invalidez, que nunca se le expidió por parte de la EPS concepto favorable de recuperación, que sufrió un infarto cerebro vascular debido a una trombosis de arterias cerebrales el 14 de octubre de 2006, que cumplía las obligaciones de aportes al sistema general de salud como independiente, que hasta el día del accidente estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios a término fijo con la empresa GEOCOL CONSULTORES S.A. como profesional en campo de comunidades para el pozo exploratorio Guaní 1 de la empresa Nexen de Colombian INC, que las incapacidades comprendidas entre el 18 de octubre de 2006 al 16 de marzo de 2007, fueron pagadas por la EPS SANITAS como consta en la certificación del 23 de noviembre de 2007, que el monto del auxilio por incapacidad fue de $807.600, suma liquidada conforme el reglón final del artículo 227 del CST, de ahí en adelante nunca más le fue reconocida incapacidad laboral, ni prestación económica por ese concepto, los médicos tratantes no expidieron incapacidades laborales, porque la paciente era trabajadora independiente, que por oficio GRLM1AD-1242 -07 SANITAS EPS efectuó al fondo de pensiones protección la notificación de incapacidad prolongada, que el 20 de marzo de 2007, la EPS SANITAS ofició al médico especialista tratante para que certificara el diagnóstico, estado actual y pronóstico a mediano y largo plazo; y concepto de su especialidad respecto del proceso de rehabilitación integral, desconociéndose la respuesta del médico tratante, que la EPS no realizó la valoración de las condiciones de salud con el fin de poder establecer las posibilidades de rehabilitación integral antes de llegar al día 150 de incapacidad, que no tuvo acompañamiento, ni orientación en cuanto al trámite para obtener el pago de las incapacidades superiores a 180 días por parte de la EPS SANITAS, ni

por la AFP, que no realizó trámite adicional debido a la incapacidad personal, deficiencia de salud e imposibilidad de desplazamiento, dedicándose exclusivamente a su recuperación, que médico fisiatra Doctor Germán Rodríguez Tovar de la EPS SANITAS el 5 de agosto de 2016, luego de haber agotado el plan de tratamiento dentro de la institución procedió a diligenciar el concepto médico de rehabilitación integral, negando posibilidades de recuperación, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 4 de noviembre de 2017, emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, estableciendo una pérdida de capacidad laboral del 67,40% con fecha de estructuración 9 de julio de 2016, que el 20 de diciembre de 2017, le fue reconocida la pensión de invalidez.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EPS SANITAS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 6, 10, 12 a 15 y 22, los cuales tienen relación con las peticiones presentadas ante la entidad por parte de la demandante, acepta que la EPS no expidió concepto favorable, acepta que la EPS efectuó reconocimiento económico de las incapacidades hasta el día 150 y que con posterioridad no fueron generados reconocimiento económicos, acepta que el 20 de marzo de 2007, se emitió oficio dirigido al médico especialista para que certificará el estado actual de la paciente, resaltando que fue entregado a la demandante para que ésta la tramitará y acepta el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 8, 11, 17,18 y 20; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de título y causa, inexistencia de obligación legal a cargo de la EPS SANITAS, inexistencia de prescripción médica de incapacidad laboral, prescripción, buena fe y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2020 (CD – fl. 124), **absolvió** a la demandada EPS SANITAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada

la excepción de inexistencia de la obligación legal a cargo de la EPS SANITAS y condenó en costas a la parte actora en la suma de $300.000.

Como **fundamentó su decisión,** hace un recuento normativo respecto del pago de incapacidades indicando que aquellas que se generen por origen común de acuerdo con el artículo 227 del CST el tiempo de duración de la incapacidad es determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso, así cuando se trata de los primero 180 días a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se está frente al pago de un subsidio de incapacidad, que conformidad con el Decreto 2943 de 2013 a partir de los 2 primeros días será el empleador el encargado de asumir su desembolso y a partir del día 3 y hasta el día 180 la obligación recae en la EPS, del día 181 y hasta el día 540 está a cargo del fondo de pensiones. Refirió que a fin de obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas se debe contar con la existencia de la orden de incapacidad emitida por el profesional de la salud correspondiente en atención de las condiciones médicas del afiliado, de acuerdo con artículo 50 de la Ley 23 de 1981, que dispone que el médico tratante podrá expedir certificado médico y por ello, la incapacidad correspondiente. Trajo a colación la sentencia T 723 de 2014 de la Corte Constitucional en donde expreso que las incapacidades médicas por parte de las EPS están fundamentadas en el pronunciamiento que emita el médico tratante de acuerdo con estado de salud del paciente.

Posteriormente, hizo relación a la certificación emitida por EPS SANITAS el 18 de marzo de 2016, en la que expidió y autorizó las incapacidades a favor de la demandante desde el 18 de octubre de 2006 hasta el 17 de marzo de 2007, resaltando que después de dicha fecha el médico tratante no expidió más ordenes de incapacidad, lo cual se ratifica con los testimonios decretados por la demandante quienes señalaron que acompañaron a la demandante en la recuperación moral y física, afirmando que la EPS dejó de pagar la incapacidades, porque el médico tratante no las expidió, bajo el argumento que tenía un concepto favorable de recuperación por lo tanto, no requería más incapacidades posteriores al 17 de marzo de 2007, sino seguir el tratamiento de recuperación integral, sin embargo, indican que 8

años después el médico manifestó que luego de los tratamiento efectuados a la demandante la misma no tuvo mejoría y por lo tanto, se debía iniciar el trámite del reconocimiento de la pensión por invalidez.

De otro lado, habían sido concordantes en manifestar que la demandante cotizó como independiente durante todo el periodo de incapacidad y posterior al mismo y que para el periodo comprendido entre el 2006 y 2016 la demandante laboró ocasionalmente en dos empresas, aduce el *a quo* que conforme a la certificación de folio 31 a la demandante se le reconoció la pensión de invalidez por la AFP PROTECCIÓN en consideración a que fue calificada por la Junta Regional de Invalidez De Bogotá con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 67,40%, con fecha de estructuración 7 de septiembre de 2016, observando que le médico tratante no emitió ordenes de incapacidad, en tal sentido, conforme a la norma y jurisprudencia citada no era posible para el juzgador emitir ese tipo de órdenes que le corresponden exclusivamente al médico adscrito a la promotora de salud, ya que los mismos cuentan con la autonomía profesional para emitir las prescripciones necesarias para el tratamiento de cada paciente determinando si procede o no la emisión de incapacidades, que debía tenerse en cuenta que en su momento los médicos que trataron a la demandante consideraron que no requería ser incapacitada por cuanto se encontraba en tratamiento de recuperación, no se acreditó negligencia u omisión por parte de la EPS, ni tampoco de que el médico tratante se hubiere negado a reconocerlas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación manifestando que la sentencia adolece del análisis de las pruebas aportadas, pues si bien se fundamenta en que no se expidió la incapacidad médico legal por parte del profesional médico tratante, esa era la primera pretensión que invocaba dentro del proceso, es decir, ordenarle a la EPS que expida la incapacidad médica, en este caso se tiene que la situación jurídico, médico legal a partir del 20 de marzo de 2007, fue de incapacidad prolongada, toda vez que la incapacidad laboral se extendió más allá de día 180, la cual tuvo como límite cuando el médico tratante en el año 2016,

negó la posibilidad de recuperación de la paciente, por lo tanto, entre el 20 de marzo de 2007 al 6 de agosto de 2016, debió haberse expedido una incapacidad médico legal, si bien se invocó la normatividad de que es una obligación del médico tratante, se encuentra demostrada las omisiones por parte de la EPS, pues no se explica por qué paso tanto tiempo sin que existiera la incapacidad prolongada.

Añade, que se tiene demostrado por la parte testimonial que si bien el médico tratante el Doctor Rodríguez confiaba en la recuperación de la demandante y que él no le expidió una incapacidad posterior porque significaba iniciar los trámites para adquirir una pensión de invalidez, se está en un caso típico que por superar los 540 días en el tiempo en que la persona no puede volver a su habitualidad, por lo que vienen a protegerla en este caso normas de carácter constitucional, al derivar las responsabilidad de las incapacidades superiores a los 180 días no se puede limitar entonces de que porque no existió un acto médico no se le puede reconocer el derecho a la incapacidad, pues es tan clara la situación de salud de la demandante que la máxima autoridad para definir la invalidez la Junta Regional de Invalidez en un estudio científico definió la causa de la enfermedad por la cual se le estaba otorgando la invalidez, existiendo los elementos científicos para que la EPS proceda por vía judicial a determinar la incapacidad médico legal, no se está escondiendo nada porque la historia clínica de la paciente se encuentra al detalle de lo sucedió, lo cual conoce la EPS, existen posiciones jurisprudenciales donde se ordena el reconocimiento de incapacidades como la T 200 del 3 abril de 2013, T 114 de 2019, en el caso de licencias por paternidad.

Finalmente, señala que las afiliaciones de la demandante al momento del accidente cerebro vascular estaba catalogado como independiente, la respuesta que le dio la oficina correspondiente de trámite de las incapacidades al señor DIEGO GÓMEZ cuando presentó la última incapacidad fue que ya no llevará más incapacidades porque la paciente tendría que ir a Junta Médica para ver si la pensionaban, siendo la EPS quien cerró la brecha para que el médico tratante siguiera expidiendo las certificaciones médicas, tal y como lo dijo el testigo que el médico no tenía ninguna dificultad en expedir las incapacidades, pero como no se las iban a

tramitar ni pagar por la EPS dejaron así, esa omisión no se le puede transmitir a una paciente que se encontraba en estado de incapacidad y que con posterioridad fue declarada en un estado de invalidez, si bien la paciente estuvo en tratamiento médico para su recuperación y la EPS dio cumplimiento al requerimiento principal, existe una omisión evidente clara y demostrada, nunca hubo un concepto médico de rehabilitación integral negativo, con ello hubiera recurrido ante el fondo de pensiones para que allí le tramitaran el subsidio monetario correspondiente, el Ministerio De Salud y Protección Social habló de las incapacidades retroactivas, aquí no se trata de ese asunto, pero sí de los eventos en que la ley permite que los médicos expidan incapacidades días después de que hayan sucedido concepto 2019-11601083761.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si debe ordenarse a la EPS SANITAS expedir incapacidades a favor de la demandante desde el 17 de marzo de 2007 hasta el 8 de julio de 2016, en consecuencia, si debe otorgarse reconocimiento económico por las mismas, en caso afirmativo se analizará si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Pago de incapacidades

Sobre el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Igualmente, se ha establecido que, una excepción a la regla anterior es que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes

del día 150, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto (T-401 de 2017).

Descendiendo entonces, a la controversia que atañe el recurso interpuesto por la demandante, debe resaltarse que no existe controversia en cuanto a que la entidad demandada reconoció las incapacidades hasta el día 150 y que con posterioridad no volvió a reconocer más incapacidades, ni tampoco emitió concepto de rehabilitación, tampoco existe discusión en cuanto a que la demandante continuó padeciendo de la enfermedad de hemiparesia espática izquierda con espasticidad aschworth que se derivó de un accidente cerebrovascular trombótico ocurrido el 14 de octubre de 2006, siendo calificada por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 11 de abril de 2017, con una pérdida de capacidad laboral y ocupacional de 67,40% con fecha de estructuración 7 de septiembre de 2016.

Frente a lo cual, refiere la entidad demandada que no expidió más reconocimientos económicos por incapacidad, ni tampoco emitió concepto de rehabilitación por cuanto no existieron con posterioridad al 16 de marzo de 2007, incapacidades prescritas por el médico tratante, situación que no desconoce la actora, pues frente a ello manifiesta en el hecho 13 de la demanda que los médicos tratantes no expidieron más incapacidades, porque la paciente era trabajadora independiente. De la prueba testimonial se dijo por parte de MARITZA GÓMEZ y DIEGO GERMÁN GÓMEZ hermanos de la demandante, que las razones por las cuales el médico tratante Doctor Rodríguez no volvió a expedir más incapacidades consistió que confiaba en la recuperación de salud de su hermana, por lo que les recomendaba que no las pasará porque si lo hacían podía perder todos los beneficios, ya que lo que se buscaba era su recuperación integral para poder volver a su vida laboral, por lo que se procedió por parte del médico a ordenarse tratamientos de rehabilitación, algunos de estos que se llevaron a cabo en TELETÓN COLOMBIA, los cuales se cubrieron por parte de la EPS, sin embargo, la recuperación no llegó al limite esperado, por lo que finalmente en el año 2016, se empezó a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

De los planteamientos esbozados, los mismos no revisten de conducencia para derruir las razones que llevaron al Juez a negar las pretensiones solicitadas, pues efectivamente para que las mismas pudiera prosperar, se necesitaba indudablemente las prescripciones del médico tratante, con las cuales se pudiere determinar que efectivamente la actora se encontraba en condiciones de salud precarias que la llevaran a estar en estado de incapacidad, pues esta es la razón fundamental de éste reconocimiento económico, ya que el mismo se busca garantizar el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas (T-523 de 2020).

Sin embargo, en el presente asunto, conforme a lo narrado por los testigos se observa que el médico tratante no expidió las incapacidades porque veía en la demandante avances en su salud de acuerdo a las terapias médicas que se llevaban a cabo, luego no sería pertinente que fuera el Juez quien entrará a determinar que las condiciones de salud de la demandante no eran las adecuadas durante el interregno reclamado y por lo tanto, devenían la prescripción de incapacidades, pues ese análisis médico científico le correspondía a los profesionales de la salud que llevaban a cabo el caso de la actora. Ahora, si la promotora del litigio no consideraba que le asistía razón al médico, debió proceder a reclamarlas en el momento oportuno y no dejar pasar 9 años, considerando que deben ser otorgadas porque su estado de salud para dicho interregno ameritaba de las mismas.

Cabe resaltar que si bien como lo menciona la apelante la EPS le dijo al señor GERMÁN GÓMEZ hermano de la actora que no tramitaría más incapacidades, porque debía previamente acudir ante junta médico legal para que se reconociera la pensión de invalidez, siendo éste el motivo por el cual según lo dicho por la recurrente el médico dejó de expedir las incapacidades, es un sustento que se desvirtúa con lo dicho por la testigo MARTIZA GÓMEZ, quien arguye que fue el médico quien decidió no expedirlas porque consideraba que la actora podía mejorar e incorporarse nuevamente a la vida laboral, como se dijo anteriormente, de manera que no fue una decisión de la EPS de no querer reconocer las incapacidades o tramitar ante la AFP el reconocimiento de las mismas, pues obra a folio 24

carta emitida por la EPS SANITAS al médico especialista tratante de la señora MARCIA FARIDE GÓMEZ para que le informará el diagnóstico, estado actual y pronóstico a mediano y largo plazo, concepto de su especialidad, referente al proceso de rehabilitación integral, si el mismo fuere pertinente, de fecha 20 de marzo de 2007, sin que obre constancia que el médico haya diligenciado el requerimiento en esa fecha, pues si bien obra un concepto médico de rehabilitación integral a folio 25, por parte del médico tratante Doctor GERMÁN RODRÍGUEZ el mismo no tiene fecha de expedición, por lo que no puede considerarse que se expidió en la fecha del requerimiento realizado por la EPS, incluso llama la atención que el médico señala en el concepto médico que la paciente tiene 44 años de edad, al verificarse el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca allí refiere que la demandante nació el 23 de julio de 1971, por lo que al realizarse el conteo pertinente, se tiene que la señora MARCIA FARIDE tenía 44 años de edad en el 2015, suponiéndose entonces que el concepto se emitió en ese año.

De otro lado, la testigo MARTIZA GÓMEZ también reconoció que durante ese tiempo la actora trabajó con algunos de sus anteriores jefes a fin de poder lograr tener una vida normal, lo cual deja en evidencia que tuvo algo de mejoría su enfermedad, pero que desafortunadamente recayó al punto de tener que realizar los trámites de la pensión, sin que ello conlleve a establecer negligencia por parte de la EPS, pues ésta cumplió con su deber de brindarle los tratamientos médicos necesarios, que para el médico tratante no requerían de incapacidad, de manera que no puede considerarse que el hecho de que el accidente cerebro vascular que tuvo la actora y que finalmente le generó una perdida de capacidad laboral del 67,40%, sea determinante para establecer que durante todo ese interregno ostento siempre ese grado de incapacidad, pues incluso del dictamen expedido por la junta regional de invalidez se determinó como fecha de estructuración el 7 de septiembre de 2016, es decir, mucho tiempo después desde que se expidió la última incapacidad.

Frente a la prescripción de incapacidades, la Corte Constitucional en efecto se ha pronunciado como lo indica la recurrente en sentencia T-581 de 2006, en

la cual sostuvo que es necesario para ordenar pago económico, contar con la prescripción médica, indicando textualmente:

> *"Estas tres razones constituyen los criterios jurisprudenciales por los cuales la acción de tutela es procedente de manera excepcional para reclamar el pago de incapacidades laborales debido a la importancia que estas prestaciones revisten para la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana.* ***No obstante, aunque parezca obvio, para que proceda la acción de tutela para el cobro de estas prestaciones se requiere que exista una prescripción médica emitida por el profesional médico autorizado que determine la existencia de la incapacidad laboral, de lo contrario, no le está dado al juez de tutela por ningún motivo ordenar la cancelación de incapacidades laborales****".*

Por consiguiente, no tendrá más esta Sala de decisión que **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

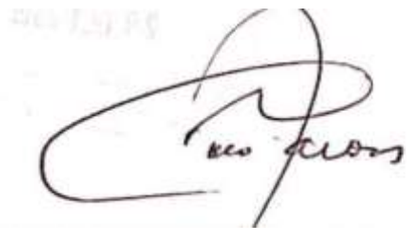
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de $100.000.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO CONTRA SALUD TOTAL EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de noviembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 23 de octubre de 2020 (fls.41 a 51).

ANTECEDENTES

El señor HERNANDO VIDAL BELTRAN MORENO acude a la presente acción[1] a efectos de que se **condene** a SALUD TOTAL EPS., al reconocimiento y pago de la suma $995.838 por los gastos en que incurrió por la compra del medicamento TRIPTORELINA PAMOATO de 5,625 mg/1ml, requerido para tratar la pubertad precoz de su nieta AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN.

[1] Folio 1 a 3

Fundamenta sus pretensiones señalando que la menor de edad AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN de 7 años, fue remitida del médico general al especialista en endocrinología en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt siendo atendida por la Dra. Paola Victoria Pedraza Flechas, quien tras valorarla le diagnóstica desarrollo precoz, para lo cual le formula a la menor el 5 de mayo de 2017, el medicamento TRIPTORELINA PAMOATO de 5.625 mg/1ml POLVOS PARA RECONSTITUIR, dosis 11.25 ml, 1 ampolla intramuscular de administración INMEDIATA para 84 días con orden de no suspender. Refiere, que procedió hacer la gestión ante SALUD TOTAL EPS el mismo día de la formulación del medicamento, quienes le responden que al ser un medicamento controlado se debía ir a hablar con la supervisora, conversación que se hace hasta el 12 de mayo de 2017, quien les manifiesta que el medicamento no era aceptado por la EPS y que se debía seguir insistiendo, para lo cual el 21 de junio de 2017, se hace otra vez el trámite, se niega el medicamento y se remite nuevamente a la supervisora quien una vez más indica, que el medicamento no era aceptado por la EPS.

Frente a la negativa y el pasar del tiempo, sostiene que se ve en la necesidad el día 31 de julio de 2017, de comprar en forma particular el medicamento el cual fue aplicado en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt el 3 de agosto de dicha anualidad, que el 10 de agosto presenta ante SALUD TOTAL EPS una petición para que se haga el reembolso del dinero de la compra del medicamento y le señalan que la factura debe ir en original, días después anexa la factura y le dicen que debe llenar un formulario que le suministran para su diligenciamiento, el 18 de agosto presenta nuevamente la documentación y le manifiestan que no le pueden hacer el reembolso por cuanto el tiempo de solicitud era de 15 días hábiles y que estos ya habían caducado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUD TOTAL EPS a través de apoderado contesta la demanda proponiendo como excepciones de fondo, (i) el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente para acceder al reembolso por concepto de gastos médicos por parte del señor HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO, en cuanto la solicitud de reembolso le fue negada dos veces, la primera porque el servicio prestado no cumplían con los parámetros exigidos para su reconocimiento, ya que se encontraban soportes insuficientes, inconsistentes y/o ilegibles requeridos en la normatividad , pues no se había aportado en su momento la historia clínica de la paciente, por lo que al momento de ser estudiada la solicitud no se podía establecer la atención de la misma y la segunda, porque se aportó una historia clínica que no correspondía a la consulta donde se le formula el medicamento que presuntamente compró el señor Vidal, (ii) aduce que si SALUD TOTAL EPS accede al reconocimiento sin el lleno de los requisitos legales, se estaría incurriendo en una indebida destinación de recurso públicos, porque los procedimientos /medicamentos suministrados por la EPS son cancelados con recursos del estado pertenecientes al S.G.S.S.S. y en el evento de que se cancele un procedimiento sin el cumplimiento de los requisitos resultaría probada una indebida destinación de recursos públicos y el funcionario que las ordene deberá asumir las consecuencias en cualquier ámbito de responsabilidad, (iii) la innominada de que trata el artículo 282 del CGP.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante providencia del 23 de octubre del 2020 (fls. 41 a 51), **accedió** a las pretensiones de la demanda **ordenando** a SALUD TOTAL EPS a pagar la suma de $995.838 a favor del señor HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO.

Como sustento a su decisión estableció que la galena tratante de la menor diagnosticada con pubertad precoz, formuló el medicamento TRIPTORELINA PAMOATO de 5.6245 mg/1ml POLVOS PARA RECONSTITUIR, dosis 11.25 ml, 1 ampolla intramuscular de administración INMEDIATA para 84 días con orden de no suspender, medicamento que se encuentra contemplado dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, por lo que diligenció la fórmula MIPRES 20170505179000849692, no obstante a ello, la EPS no suministró el medicamento requerido por la menor de edad AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN, en dos oportunidades: el 12 de mayo de 2017 y 15 de agosto de 2017, sostiene el *a quo* que la inyección de TRIPTORELINA es utilizada para tratar la pubertad precoz central (CPP, una condición que causa que los niños entren a la pubertad demasiado pronto, ocasionando un crecimiento de los huesos más rápido de lo normal y el desarrollo de características sexuales) y funciona disminuyendo la cantidad de ciertas hormonas en el cuerpo.

Así las cosas, puntualiza que al haberse diligenciado en debida forma el formato MIPRES para el suministro del medicamento anteriormente mencionado, que no está dentro del Plan Básico de Salud, pero que el médico especialista prescribió como necesario para tratar la pubertad

precoz, observando el proceso reglado por el Ministerio de Salud, no quedaba duda que le correspondía a SALUD TOTAL EPS garantizar el suministro oportuno y efectivo del medicamento a través de su red de prestadores y al no hacerlo, la familia de la menor se vio obligada a comprarlo, con el fin de garantizar la continuidad del tratamiento de pubertad precoz de la menor, quedando claro que SALUD TOTAL EPS no garantizó la continuidad, oportunidad, ni la integralidad en la atención de la menor AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN, resultando procedente el reembolso deprecado, resaltando que no cabía duda que el medicamento no cubierto por el Plan Básico de Salud, era esencial para la patología que presentaba la menor, sin embargo, SALUD TOTAL EPS desconoció dicha condición de salud de la paciente e impuso cargas administrativas que no estaban obligados a soportar los familiares, en este caso su abuelo el señor HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO. Por consiguiente, concluye que no resultan acertados los argumentos de la defensa de la EPS, toda vez que no hay sustento legal para los mismos, y al estar demostrados los gastos a través de la factura de venta No. C251 6485 de la Droguería Cruz Verde de fecha 31/07/2017 por valor de $995.838, se accedía a la pretensión formulada por el señor HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (Fls.54 a 58) señalando que la menor se encuentra afiliada a SALUD TOTAL EPS y que la misma le ha garantizado la prestación de todos los servicios médicos de manera oportuna y eficiente tal como lo dispone la normatividad vigente. Indica que hay un incumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente para acceder al reembolso por concepto de gastos médicos por parte del señor HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO, en cuanto la solicitud de reembolso le fue negada dos veces, la primera; porque el servicio prestado no cumplía con los parámetros exigidos para

su reconocimiento, ya que se encontraban soportes insuficientes, inconsistentes y/o ilegibles requeridos en la normatividad, pues no se había aportado en su momento la historia clínica de la paciente, por lo que al momento de ser estudiada la solicitud no se podía establecer la atención de la misma y la segunda; porque se aportó una historia clínica que no correspondía a la consulta donde se le formula el medicamento que presuntamente compró el señor Vidal, razón por la cual se le niega el reembolso, trae a colación lo señalado en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994, que establece los fundamentos jurídicos respecto del incumplimiento de los requisitos para que no prospere el reconocimiento del reembolso al señor Vidal, en concreto enfatiza que no se aportaron los documentos necesarios para que prosperara el reembolso.

Señala también que los procedimientos/medicamentos suministrados por la EPS son cancelados con recursos del Estado pertenecientes al SGSSS y que en ese sentido la normatividad vigente establece que una vez se validen los requisitos para el reconocimiento económico de procedimientos/medicamentos, las entidades promotoras de salud efectúan el pago y proceden efectuar el recobro de tales sumas al Fondo de Solidaridad y Garantía (hoy ADRES). Por lo tanto, reconocer procedimientos/medicamentos sin haberse cumplido los requisitos da por probada la indebida destinación de recursos públicos respecto de los cuales el funcionario que ordene tal reconocimiento deberá asumir las consecuencias en cualquier ámbito de responsabilidad.

Arguye que a SALUD TOTAL EPS, no le asiste obligación alguna de asumir con cargo a los recursos del SGSSS, el costo de los procedimientos/medicamentos alegados por el demandante por las razones expuestas, por lo tanto, solicita que se reconozca de oficio los hechos planteados y por ende las excepciones que se llegaren a considerar

como necesarias para proteger la efectiva y real protección de los derechos que le reviste a los sujetos procesales que integran el contradictorio y por ende, pide como pretensión principal se revoque la sentencia S2020-002058 y se absuelva en su lugar a SALUD TOTAL EPS, como subsidiaria; que el reconocimiento económico del reembolso se haga a las tarifas del SOAT o sobre aquellas que tenga establecida el Ministerio de Salud.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si SALUD TOTAL EPS efectivamente autorizó y suministró el medicamento que necesitaba la menor de edad AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN. Así mismo, se analizará si la solicitud de reembolso de los gastos médicos que sufrago el actor particularmente se efectuó con el lleno de los requisitos de ley.

Reembolso de gastos médicos a cargo de las EPS.

No es materia de controversia que la menor de edad AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN de 7 años de edad, fue diagnosticada por la especialista en endocrinología pediátrica la doctora Paola Victoria Pedraza, con desarrollo precoz y que en virtud del mismo se le formuló el medicamento TRIPTORELINA PAMOATO de 5.6245 mg/1ml POLVOS PARA RECONSTITUIR, dosis 11.25 ml, 1 ampolla intramuscular de administración INMEDIATA para 84 días con orden de no suspender. Tampoco lo es, el hecho de que la EPS SALUD TOTAL no dispenso el medicamento requerido por la menor de edad, pese a que el mismo fue formulado en los términos y condiciones establecidos por el Ministerio de Salud, esto es, a través del formato MIPRES al ser este un medicamento

que no se encuentra contemplado dentro del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

En miras de resolver la litis planteada, la Corte Constitucional ha señalado que el suministro tardío de los medicamentos formulados por el médico tratante desconoce lo principios de continuidad, oportunidad e integralidad de los servicios de salud, precisando:

> *"Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y pro-tección de grupos poblacionales*
>
> *específicos. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en los principios de continuidad, oportunidad e integralidad, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.*
>
> *El **principio de continuidad** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que "una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.". La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación.*
>
> *Por su parte, el **principio de oportunidad** se refiere a "que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.". Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.*
>
> *Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del **principio de integralidad**, cuya garantía*

también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, du-rante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

Del análisis de los referidos principios, se concluye que el suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud. De ahí que, a juicio de esta Corporación, dicha obligación deba satisfacerse de manera oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, por cuanto la dilación injustificada en su entrega, generalmente se traduce en que el

tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna. Esta situación, en criterio de la Corte, puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y a un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad

Desde esta perspectiva, este Tribunal ha insistido en que el suministro tardío o no oportuno de los medicamentos prescritos por el médico tratante desconoce los citados principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud" **(T-092/2018) (negrilla y subrayado fuera del texto original).**

El literal b) del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, estipula los supuestos sobre los cuales opera el reconocimiento económico del gasto en que incurre el afiliado, es así como, partiendo de lo ya expuesto no le cabe duda al despacho la procedencia del reembolso solicitado por la parte actora, pues estamos en el supuesto de una negativa injustificada o negligencia por parte de SALUD TOTAL EPS para cubrir las obligaciones que le asisten para con el usuario, que para el efecto se traduce en la negativa que tuvo de suministrarle el medicamento TRIPTORELINA PAMOATO de 5.6245 mg/1ml POLVOS PARA RECONSTITUIR, dosis 11.25 ml, 1 ampolla intramuscular de administración INMEDIATA para 84 días con orden de

no suspender a la menor AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN, quien es un sujeto de especial protección y atención constitucional.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos planteados por la EPS SALUD TOTAL, más cuando al observar el plenario se denota que dicha entidad **en ningún momento expone las razones por las cuales se negó a entregar el medicamento**, siendo claro para el despacho que a la luz de los hechos, la jurisprudencia y la normatividad vigente, dicha EPS no garantizó los principios previamente mencionados respecto a la atención que requería la menor AVRIL JULIETA CAMACHO BELTRÁN, quien es un sujeto de especial protección constitucional respecto de quien el derecho a la salud debe reforzarse en virtud del alto grado de vulnerabilidad en que se encuentra; por el contrario, SALUD TOTAL EPS centra su defensa en justificar las razones por las cuales no se puede hacer efectivo el reembolso solicitado por el señor HERNANDO VIDAL BELTRÁN MORENO en calidad de abuelo de la paciente menor de edad, **manifestando solo cuando se pide el reembolso del medicamento** que las dos razones por las cuales se negaron, lo fue primero, porque no se aportaron documentos legibles y segundo, porque dentro de la historia clínica allegada no se encontraba la orden del médico tratante para el suministro del medicamento, razones que no justifican su omisión, pues en principio no fueron puesto en conocimiento del afiliado al momento de la solicitud y si bien en dado caso que los documentos aportados no reunían los requisitos expuestos por el recurrente, su obligación no era negar la orden médica, sino requerir al afiliado para que los allegara conforme eran requeridos y no poner trabas administrativas que podían repercutir en la salud de la menor.

Así las cosas, las razones que fundamentó la entidad accionada para negar el reembolso solicitado no resultan acertadas, por lo tanto, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 23 de octubre 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
SENTENCIA

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR HUGO FERNANDO DÍAZ ROJAS contra TAESCOL LTDA

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **HUMBERTO SILVA RUIZ** solicita se **declare** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1° de abril de 2006 hasta el 29 de enero de 2016, se **declare** que desde el 1° de marzo de 2012 y hasta la fecha terminación del contrato su salario estaba compuesto por una suma pagadera en dinero en efectivo y otra pagadera en especie a través de cheques Sodexo, en subsidio de lo anterior, se **declare** que los bonos Sodexo que la demandada le pagó mensualmente desde el 1° de marzo de 2012 hasta la fecha de terminación del contrato constituyen salario, se **ordene** reliquidar mes a mes el salario del trabajador desde el 1° de marzo de 2012 hasta el 29

de enero de 2016, teniendo en cuenta la parte de salario básico pagada en especie a través de bonos Sodexo, se **ordene** reliquidar mes a mes el salario del trabajador desde el 1° de marzo de 2012 hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo en cuenta como factor salarial los pagos efectuados a través de bonos Sodexo, se **condene** a la demandada a pagar las diferencias en salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social que resulten a favor del trabajador luego de tener en cuenta que los bonos Sodexo eran parte de su salario básico, se **declare** que la demandada debe pagarle salario suplementario entre marzo de 2012 al 29 de enero de 2016, teniendo en cuenta que los bonos Sodexo eran parte del salario básico, se **ordene** reliquidar mes a mes el trabajo suplementario desde el 1° de marzo de 2012 hasta el 29 de enero de 2016, teniendo en cuenta como factor salarial los pagos efectuados a través de bonos Sodexo, se **condene** a la demandada a pagarle la indemnización por despido sin justa causa, teniendo como salario base para su cálculo el resultante de la inclusión de los bonos Sodexo como factor salarial, se **condene** a la demandada a pagar al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR las diferencias en aportes a pensión resultantes entre las cotizaciones realizadas y las que debió realizar si hubiese teniendo en cuenta los bonos Sodexo que le pagó al trabajador entre el 1° de marzo de 2012 al 29 de enero de 2016, se **condene** a la demandada a pagar al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR los aportes a pensión del demandante por el tiempo laborado entre el 1° de abril de 2006 y el 31 de octubre de 2008, se **condene** a la demandada a pagarle al trabajador las diferencias dejadas de pagar por concepto de cesantías y los rendimientos que dejaron de percibir las mismas en el fondo de cesantías desde el 15 de febrero de 2007 hasta la fecha de terminación del contrato, se **condene** a pagarle al trabajador la sanción moratoria prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación completa de las cesantías para cada año desde el 15 de febrero de 2007 hasta la fecha de terminación del contrato, se **condene** a la demandada a indexar todas las condenas que no tengan otra sanción por no pago, desde la fecha en que se causó el derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, se **condene** a la demandada a pagarle intereses moratorios sobre las condenas impuestas desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta la fecha de pago, se

condene ultra y extra petita; y se **condene** la pago de costas y agencias en derecho (fls.10 a 12 y 235 a 235 *reforma de la demanda*).

Los hechos sustento de las anteriores pretensiones se encuentran a **folios (fls. 12 a 14)**. En los cuales en síntesis señaló, que laboró para la demandada desde el 1° de abril de 2006, hasta el 28 de enero de 2016, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que a partir del mes de marzo de 2012, el salario básico estaba conformado por $650.000 divididos en 2 quincenas, más un bono mensual por valor de $200.000, que el salario básico fue reajustado hasta llegar a $750.000 en enero de 2016 y el valor del pago mensual en bonos se mantuvo en $200.000, que la empresa ha desconocido el pago mensual en bonos como factor salarial a la hora de liquidarle su trabajo en horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, lo anterior significa que ha recibido menos salario por su trabajo y ha disminuido proporcionalmente el valor de sus ahorros en el fondo de pensiones, que la demandada incumplió su obligación de cotizar aportes a pensión al trabajador entre abril de 2006 y octubre de 2008, que la demandada liquidó las últimas vacaciones del trabajador por debajo de su salario básico, que la demandada incumplió su obligación de transferir oportunamente a favor del Banco Popular las cuotas mensuales de la obligación No. 1403010016770 de prestayá en modalidad de crédito de libranza que dicho banco le otorgó, que lo anterior dio lugar a que el Banco Popular lo requiriera por mora en el pago de la obligación, que las labores desarrolladas inicialmente fueron como auxiliar de cuarto frio y bodega, luego como operario de bodega durante cerca de 5 años y los últimos dos años y medio como coordinador de bodega, que sufrió 2 accidentes de trabajo al servicio de la demandada, por lo que le diagnosticaron lesión de manguito rotador derecho, bursitis de hombro derecho, epicondilitis medial de codo derecho, que teniendo en cuenta sus padecimientos la ARL le ordenó restricciones para levantar peso y la realización de otras actividades laborales, las cuales eran conocidas por la empresa demandada, pero no cumplió estrictamente con las recomendaciones, que durante el último año laborado la demandada lo llamó constantemente a descargos y le impuso dos sanciones disciplinarias, que el 28 de enero de 2016, le envió por correo

certificado a su empleador la carta mediante la cual daba por terminado el contrato por causa imputable al empleador, documento que fue recibido por la demandada el 29 de enero de 2016, que la misma carga solicita el pago de las diferencias salariales, prestacionales, aportes a seguridad social, entre otros.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **TAESCOL LTDA** contestó aceptando la pretensión primera de la demanda y se opuso a las demás, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1 a 4, 11, 13, 17, 18, 21 a 23, los cuales tienen relación con la existencia del contrato laboral y extremos, terminación del contrato por decisión del trabajador, acepta el reconocimiento de los bonos Sodexo a favor del trabajador, acepta las labores desempeñadas por el actor, acepta los accidentes laborales que tuvo el actor durante la vigencia de la relación laboral, acepta que la ARL ordenó recomendaciones laborales indicando que las mismas se cumplieron, en cuanto a los demás hechos manifestó no constarle los numerales 14 y 16, y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, exclusión del bono como factor salarial y buena fe (fls. 65 a 80).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Después de adelantar el trámite del proceso correspondiente, el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de septiembre de 2019, **condenó** a la empresa demandada a pagar al demandante por concepto de reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, las siguientes sumas:

"Cesantías: *$523.185*
Prima de servicios: *$240.904*
Vacaciones: *$498.624"*

Ordenó que las anteriores sumas fueran debidamente indexadas desde el 30 de enero de 2016, hasta cuando el pago de las mismas se efectué, **condenó** a la demandada a efectuar el pago de los aportes al sistema de seguridad

social en pensiones desde el 1° de abril de 2006 hasta el mes de febrero de 2007 a favor del actor, **condenó** a la demandada a reliquidar y pagar el valor de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones a favor del actor a través de PORVENIR S.A. comprendidos entre el 1° de abril de 2012 al 29 de enero de 2016, incluyendo para su cálculo el valor mensual de los bonos Sodexo canasta, **condenó** a la empresa demandada a pagar a favor del actor la suma de $6.593.870 por concepto de indemnización por despido injusto, suma que debe reconocerse de forma indexada desde el 30 de enero de 2016 hasta cuando se efectué el pago, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las de exclusión de bono como factor salarial y buena fe y **condenó** en costas a la demandada en la suma de $1.000.000 (CD. fl. 581).

Como argumento de su decisión, la *a quo* señaló que en virtud del artículo 128 CST se excluía del carácter salarial los beneficios o auxilios habituales otorgados de forma extralegal por el empleador, siendo indispensable que fuera pactado de manera expresa entre las partes, situación que echaba de menos en el presente caso, pues se encuentra un documento escrito que según la demandada desde el inicio del vínculo laboral se pactó entre las partes que cualquier pago adicional no formaría parte del mismo y por ende, no se tendría en cuenta para el cálculo de prestaciones sociales, en consecuencia, todo pago extralegal pagado por el empleador incluidos los bonos Sodexo deben considerarse salario.

Aduce la sentenciadora que si bien se hubieren pacto, el art 128 CST permite que las partes pacten que algunos pagos al trabajador que se dan de forma habitual no constituyan salario y por ende, no se incluya en la base salarial para liquidar prestaciones sociales, no obstante, al tenor de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia Sala laboral no puede la norma usarse por el empleador para desconocer el carácter salarial de pagos que por su naturaleza son salario y no dejan de serlo por el nombre o denominación que se les dé, que el caso del actor, éste percibió mensualmente, de formar periódica e ininterrumpida bonos SODEXO desde abril de 2012 hasta febrero de 2016 y el pago constituía retribución directa por el servicio y como tal entraba a ser parte de su patrimonio, si bien solo se podía destinar a la

compra de mercado se trataba de una suma de dinero que en especie entraba a ser parte del patrimonio del trabajador como servicio prestado a TAESCOL LTDA.

Refirió la falladora que bien los testigos dijeron que los bonos se crearon como incentivo, estos no se concedían cuando había picos de producción, sino que siempre se tenían independientemente de la situación. Entonces, en realidad los bonos sí remuneraron el servicio prestado y la empresa quiso disfrazar el carácter de salario bajo un presunto pacto de exclusión laboral que no fue demostrado en el proceso.

Como consecuencia, condenó a TAESCOL LTDA a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones pagadas al demandante desde el 1° de abril de 2012 hasta la fecha de finalización del vínculo laboral, sobre las cesantías se calcula diferencia de $523.185 conforme las sumas canceladas por la demandada, por primas de servicio entre el 1° de enero de 2014 al 21 de enero de 2016, atendiendo a la prescripción, se calcula diferencia de $240.404, por concepto de vacaciones causadas entre el 1° de enero de 2013 al 29 de enero de 2016, atendiendo a la prescripción se calcula diferencia de $498.624 conforme las sumas que aparecían canceladas

Así mismo, indicó que, al verificarse las semanas de cotización efectuadas por el empleador desde noviembre de 2008, se condenaba a la accionada a efectuar el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones desde 1° de abril de 2006 hasta febrero de 2007, así como a reliquidar el valor de los aportes efectuados por el empleador de acuerdo al factor salarial determinado en la decisión. Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, se tenía que el actor el 28 de enero de 2016, había comunicado a la demandada la decisión de dar por terminado su contrato por 3 razones: por el incumplimiento en el pago de prestaciones sociales, horario adicional, bonos sodexo, por el no pago al Sistema General de Pensiones y el no pago de las cuotas correspondientes al crédito por libranza adquirido por el trabajador, si bien no se había demostrado el incumplimiento sistemático en sus obligaciones, sí era claro que no se incluyó el valor total del salario, considerando, que la terminación del contrato se produjo por decisión del

trabajador, pero por causas imputables a la empleadora, por lo que debía pagarse la indemnización por despido injusto en la suma de $6.590.000, calculado con un salario base de $1.310.000 que fue el último devengado por el trabajador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación señalando que se debe declarar que la prescripción de las vacaciones no es trienal como lo quiere hacer ver el juzgado, sino cada 4 años, es decir, 4 años antes a partir de la renuncia del trabajador.

La **parte demandada** también interpuso recurso de apelación, argumentando que comparte las condenas impuestas, pues siempre se pagaron los valores correspondientes al Sistema de Seguridad Social y dentro del plenario obra prueba del pago que se hizo en pensiones, con relación al despido sin justa causa, la demandada siempre le pago los derechos y como se dijo en el proceso se habló con el demandante y se le explicó que se le iba a dar esa bonificación, la cual consideró la empresa que no era constitutiva de salario y así lo entendió, por lo tanto, se encuentra de acuerdo con las condenas cuando la empresa siempre pagó todos los derechos laborales al trabajador y con respecto a los bonos se mantienen en la teoría de que el artículo 128 CST permite hacer acuerdos con el trabajador para efectos de que reciba un bono como se planteó a lo largo de la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En estricta consonancia con el recurso de alzada, la Sala deberá establecer la incidencia salarial respecto de los bonos de canasta familiar SODEXO que percibió el actor desde abril de 2012 hasta la finalización de la relación laboral, en caso de confirmarse que en efecto constituyen factor salarial, se analizará si el término prescriptivo establecido por la Juez respecto de las vacaciones se encuentra ajustada. Así mismos, se deberá analizar si la

empresa demandada efectuó los aportes a pensión a favor del actor del 1° de abril de 2006 al mes de febrero de 2007, por último, se estudiará si se encuentra acreditado el despido indirecto y, por ende, si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa.

Relación Laboral

No existió controversia respecto de la relación laboral que ató a las partes, pues así fue reconocido por la empresa demandada y consta de las documentales aportadas al proceso, encontrándose demostrado que la relación laboral ejecutada por el actor se desarrolló a través de un contrato a término indefinido desde el 1° de abril de 2006 al 28 de enero de 2016, devengando como último salario la suma de $750.000, más un bono en la suma de $200.000.

Naturaleza salarial de bonos de canasta familiar SODEXO

Sostiene la parte demandada que desde el inició de la relación laboral se acordó que las bonificaciones que recibiera el ex trabajador, ya fueran ocasionales o permanentes, no eran constitutivas de salario, ni se computarían como factor salarial, como prueba testimonial se llamó a declarar a la señora SANDRA YANETH CASALLAS Gerente de Recursos Humanos de la empresa demandada, quien manifestó que a todos los empleados se les daban bonos, los cuales se encuentran acordados por escrito dentro de los contratos y consistían en un incentivo otorgado por la empresa al existir mayor productividad, versión que fue corroborada por el testigo JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ administrador de la empresa accionada, quien señaló que por iniciativa de los dueños de la empresa se determinó para el año 2012, que se les iba a incentivar con unos bonos, después de haberse revisado los contratos de cada uno de los trabajadores que no iban hacer parte del salario en absoluto y que no se tendrían en cuenta en las prestaciones sociales.

Para definir la controversia, es pertinente traer a colación los pagos que no constituyen salario, conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del CST, normatividad que dispone:

> ***"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.*** *<Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad".*

Respecto de los conceptos que no constituyen salario, y los pactos o cláusulas de exclusión salarial, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1798-2018 reiterada en la SL5159-2018, expresó:

> *"En este punto, juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de 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; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una 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 (v) «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto* ***expresamente*** *que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (art. 128 CST).*
>
> *En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en*

él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.

Desde este punto de vista, el Tribunal también desacertó al extender el acuerdo a beneficios no incorporados expresamente en él, como en este caso son las bonificaciones, cuya incidencia salarial se reclama". (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, por regla general todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad es salario, a menos que, sea para el cabal desempeño de sus funciones, se trate de prestaciones sociales, de pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, los que se realizan por disposición legal, y los que se pacten expresamente por las partes que no son salario, al revisarse las documentales allegadas al plenario se pudo evidenciar que no fue aportado el contrato de trabajo donde supuestamente se acordó que las bonificaciones que recibiera el ex trabajador, ya fueran ocasionales o permanentes, no eran constitutivas de salario, ni se computarían como factor salarial, de manera que en principio no se cuenta con prueba solemne de lo acordado entre las partes, sin embargo, de lo manifestado por la accionada se trataba de una cláusula general, más no específica en relación a los bonos Sodexo, lo cual en principio desborda lo establecido en la norma, pues necesariamente debió acordarse de manera clara, expresa, precisa y detallada en cuanto a que no constituirían factor salarial, situación que no se ve en el presente asunto.

Aunado a ello, y tal como tuvo por sentado la *a quo*, se trató de un beneficio permanente que percibió el actor desde el año 2010, por lo que no constituía un beneficio ocasional, por lo tanto, hacía parte del salario del actor, ya que retribuía mensualmente los servicios prestados por el actor, ingresando directamente a su patrimonio, sobre los beneficios de los bonos Sodexo, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se pronunció en sentencia, SL 4608 del 23 de octubre de 2019, señalando:

"En esos términos, el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de trabajo, constituye un pacto de exclusión salarial, únicamente respecto de los conceptos allí plasmados, esto es, los «beneficios diferentes al salario,

por concepto de alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario, se consideran tales beneficios o reconocimientos como no salariales» (Subraya la Sala).

De lo anterior, se tiene que en dicha cláusula no se incluyeron los bonos sodexo, sin embargo, no sucede lo mismo con el concepto denominado «otros medios» (transporte), ya que se dice fueron otorgados para transporte o movilización de la trabajadora, y siendo ello así, estos se encuentran excluidos del salario, primero, por la cláusula bajo análisis, y segundo, por misterio de la ley.

Por lo que resulta evidente que dicha cláusula no estableció de forma expresa, clara, precisa y detallada la exclusión salarial de los bonos sodexo, lo que obliga de cara a esta documental aplicar la regla general, es decir, que para todos los efectos son retributivos directos del servicio, razón por la cual el Tribunal se equivocó de forma manifiesta en su valoración". (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por consiguiente, no cabe duda que el beneficio Sodexo que habitualmente percibió el actor desde el año 2012, constituían factor salarial, por ende, debieron tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social.

Prescripción de las vacaciones

Como bien lo refiere el recurrente las vacaciones tienen un tratamiento diferente a los otros derechos, ya que estas se causan al cumplir un año de servicios y solo son exigibles un año después, téngase en cuenta que las vacaciones deben ser otorgadas dentro del año siguiente a aquel en que se obtuvo el derecho a disfrutarlas, entendiéndose entonces, que la prescripción es de 4 años contados a partir de la fecha en que adquiere el derecho a disfrutarlas, el cual surge al cumplir un año de trabajo.

Tal y como lo recordó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 3812 del 24 de agosto de 2021, en la que señaló:

"Debe tenerse presente que el término trienal para contabilizar las vacaciones inicia una vez finaliza el periodo de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador» (CSJ SL467-2019). En ese sentido, en este caso concreto el término de prescripción se amplía un año, de modo que están prescritas las

que se causaron y se hicieron exigibles entre el 1 de enero de 2008 y el 1 de enero de 2009, pero no las generadas por el trabajo realizado posteriormente".

En el presente asunto, se tiene que el actor solicitó la reliquidación de sus prestaciones teniendo en cuenta el bono Sodexo como factor salarial el 28 de enero de 2016, tal y como consta a folio 39 del expediente, entendiéndose con dicho escrito interrumpida la prescripción, como quiera que la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2016 (fl.7), de manera que debía reliquidarse las vacaciones a partir del 28 de enero de 2012, pero al quedar acreditado que los bonos Sodexo se empezaron a cancelar de manera periódica al actor a partir del 1° de abril de 2012, es a partir de dicha data que deben ser ajustadas las vacaciones y no a partir del 1° de enero de 2013, como lo indicó la Juez de primera instancia en su decisión. No obstante, al realizarse las sumas aritméticas por parte de esta instancia judicial, teniendo en cuenta para el efecto el valor de las vacaciones que fueron canceladas por el empleador a favor del actor y que consta a folios 46, 47, 307 y 308 del plenario, arrojó una diferencia de $434.629, suma que resulta inferior a la calculada por la *a quo*, pues esta correspondió a la suma de $498.624, lo cual haría más gravosa la situación del único apelante frente a este ítem, por lo tanto, se mantendrá el valor reconocido en primera instancia.

Aportes a Seguridad Social en Pensiones

Indica la parte accionada que siempre pagaron los valores correspondientes al Sistema de Seguridad Social y que dentro del plenario obra prueba del pago que se hizo en pensiones, al verificarse las documentales obrantes a folios 101 a 225, 189 a 115 y 340 a 529, no se encuentra constancia de que efectivamente se realizaron los aportes a pensión del actor durante abril de 2006 a febrero de 2007, pues tan solo aparecen planilla de autoliquidación de aportes a partir de septiembre de 2007. Así mismo, en la historia laboral consolidada de PORVENIR S.A. aparecen aportes efectuados por la empresa TESCOL LTDA a favor del actor en septiembre de 2001 y de noviembre de 2008 a noviembre de 2015 (fls.23 a 29) y del año 2016, consta a folio 219, por lo que no es cierto que exista prueba de los aportes a pensiones a favor

del actor por el interregno objeto de condena, por lo tanto, se confirmará lo decidido en primera instancia.

Despido indirecto

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En el presente asunto la parte actora allega al plenario carta de renuncia de fecha 28 de enero de 2016 (fl.3), en la cual alega como motivos de terminación del contrato entre otros, los siguientes:

> *"En el año 2010, la empresa empezó a pagarme un salario básico mensual de $570.130 el cual se divide en dos quincenas; más un bono mensual por valor de $150.000, el salario básico fue reajustado cada año y el valor del pago mensual en bonos fue incrementado a $200.000, la empresa ha desconocido el pago mensual en bonos como factor salarial a la hora de liquidar mi trabajo suplementario, los recargos nocturnos, el trabajo en dominicales y festivos, mis prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Dicha situación me ha perjudicado porque he recibido en pago por mi trabajo menos salario del que tengo derecho y ha disminuido proporcionalmente el valor de mis ahorros en el fondo de pensiones. Así mismo, TAESCOL LTDA ha dejado de pagar algunos aportes a pensión en vigencia de mi contrato de trabajo".*

Razones que encajan en la establecida en el numeral 6, literal b.) del artículo 62 del CST, esto es: "*6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales",* por cuanto a sabiendas empleador de que los bonos Sodexo reconocidos al actor eran constitutivos de salario por su permanencia, no los reconoció como tal,

siendo que la norma es clara en señalar cuándo estos emolumentos tienen carácter salarial como bien se explicó anteriormente, además incumplió con su obligación legal de efectuar todos los aportes a pensión en vigencia de la relación laboral, tal y como quedó demostrado, por lo tanto, le asiste razón a la Juez de que se encuentra acreditado el despido sin justa causa por causas imputables al empleador.

Por lo anterior, no habrá más lugar que **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

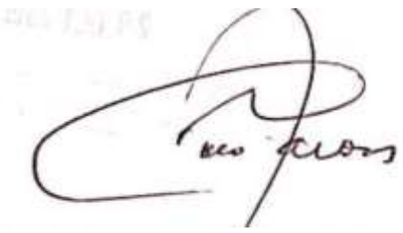
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

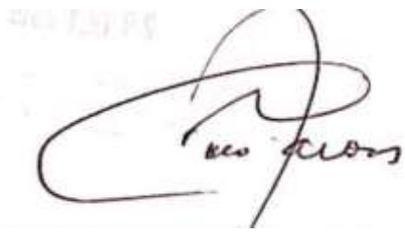
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de $ 900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELSON OMAR VARGAS MARTÍNEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP OLD MUTUAL S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **NELSON OMAR VARGAS MARTÍNEZ,** se **declare** la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión, de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. del deber profesional de información, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES, al régimen solidario de prima media con prestación definida establecido en la Ley 100 de 1993, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, se **ordene** a OLD MUTUAL S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil, se **condene** a OLD

MUTUAL S.A. en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia, seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, con el propósito de que no quede desprotegido de su derecho pensional, se **condene** a las demandadas al pago de costas del proceso incluyendo agencias en derecho, se **condene** adicionalmente a las demandadas al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas y se **condene** ultra y extra petita (fl. 219 a 220).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.215 a 219), señaló en síntesis que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 9 de febrero de 1983, que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó del régimen pensional en el que se encontraba al RAIS a través de DAVIVIR S.A. el 24 de septiembre de 1999, que la AFP DAVIVIR S.A. fue absorbida por la AFP PORVENIR S.A., que la AFP DAVIVIR S.A. a través de su representante o promotor al momento de la afiliación y traslado solamente se limitó a llenar un formulario preestablecido por el mismo para la afiliación, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierte respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado o cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones, que no le entró proyección, ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión, tampoco le informó cual tabal de mortalidad de rentistas se estaba utilizando y que de varias la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar, no le entregó información indicándole hasta qué edad debía cotizar en el fondo privado y con qué salarios, tampoco se le dijo cuanto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo, no le entró información indicándole que si quería pensionarse en el fondo privado de pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, no se le dijo que tenía derecho a retractarse, entre otros detalles; que solicitó ante COLPENSIONES

la nulidad del traslado el cual fue negado, petición que también se realizó ante la AFP PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL quienes también la negaron, que al efectuarse un estudio comparativo de su mesada pensional en el Régimen de prima media con prestación suma mesada sería de $4.409.451, mientras que en el RAIS correspondería a la suma de $1.140.572.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 2, 3, 15, 22, y 23, los cuales tienen relación con la fecha de afiliación al RAIS, la absorción que tuvo DAVIVIR S.A. por parte de PROTECCIÓN S.A., los documentos que fueron entregados por la entidad ante una solicitud presentada por el actor, petición de nulidad de traslado presentado ante la entidad y respuesta negativa, en cuanto a los demás señaló no constarle los numerales 1, 17 a 21, 24 a 29 y 31; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena, prescripción y genérica (fls. 298 a 305).

COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 17, 20 y 21; los cuales tiene relación con la fecha de nacimiento del actor, acepta la absorción de la AFP DAVIVIR S.A., traslado a la AFP OLD MUTUAL, solicitud ante la entidad para declararse la nulidad del traslado y negativa a la misma, en relación a los demás dijo no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción (fls. 269 a 273).

OLD MUTUAL S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 29, 30 y 31, parcialmente ciertos los numerales 18, 19 y 25; los cuales tienen relación con la fecha de nacimiento del actor, acepta que las entidades demandadas no han efectuado el traslado del actor al régimen de prima media, acepta que el actor presentó solicitud para que se le suministrara el reporte del estado de cuenta detallado con el total de semanas cotizadas y respuesta a la misma por parte de la entidad, en relación a los demás indicó no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (fls. 350 a 356).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2020 (CD – fl.373), **declaró** la ineficacia de la afiliación realizada por la demandada PROTECCIÓ S.A. el 24 de septiembre de 1999. En consecuencia, **declaró** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen ahorro individual con solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, **ordenó** a OLD MUTUAL a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de al afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedía el término de 30 días hábiles siguientes, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir de OLD MUTUAL todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral y se **abstuvo** de condenar en costas.

Fundamenta su decisión, señalando que COLPENSIONES argumentaba como defensa que en este momento existe una prohibición legal para que el demandante regrese al régimen de prima media, y que el desconocimiento de la ley no es una excusa. Frente a lo cual la Juez plantea que a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, se crean dos regímenes pensionales que son distintos entre sí, el régimen de prima media, en este momento

administrado por COLPENSIONES y el régimen de ahorro individual administrado por diferentes fondos de pensiones, considerando que desde la misma expedición de la ley 100 de 1993, se omitió por parte del Gobierno Nacional a través del legislador indicar a los ciudadanos respecto de cómo funcionaba y en qué consistía cada régimen pensional, realizando una actividades pedagógica, en el que se explicará a cada ciudadano cómo funcionaba esa nueva reforma en materia pensional, esa introducción de ese nuevo régimen pensional.

Acota la falladora de primera instancia que la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha hecho un estudio de la evolución histórica y normativa en relación al deber de información, asesoría y buen consejo, por lo que se debe ir al momento histórico donde se dio la afiliación para determinar si se cumplió con ese deber o no, que en el caso del demandante éste se trasladó de régimen en el año de 1999, época para el cual ya estaba consagrado el deber de información en el cual debía indicarse las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, es decir, que el asesor en su momento tenía que ilustrar al potencial afiliado respecto de cada uno de los regímenes pensionales, no solamente del régimen al cual se iba a afiliar, sino de cada uno, mostrándole las condiciones en que podía acceder a la pensión.

Hace un análisis de lo manifestado por el actor en interrogatorio de parte, concluyendo que en este caso se dan todos los presupuestos para aplicar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en toda su línea jurisprudencial que se ha desarrollado desde el 2008, hasta la fecha, ya que no se encontró demostrado que al señor demandante se le hubiera asesorado de manera clara, veraz y real sobre todas las características de ambos regímenes, se hubiese comparado para que él hubiese tenido una idea de cómo funcionaba y como se obtenía la pensión en uno u otro régimen; y así su decisión hubiese sido informada.

RECURSO DE APELACIÓN

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación solicitando tener en cuenta que el acto sobre el cual versa el presente litigio es un acto válido a la luz de

la norma, teniendo en cuenta que el señor OMAR VARGAS efectivamente era una persona capaz al momento de realizar dicho acto jurídico, por lo que no se encuentra viciado de algún tipo de error, atendiendo qué tal como la manifestó en el interrogatorio de parte el señor OMAR VARGAS, no solamente le dieron una asesoría de manera verbal, sino que le mostraron unas gráficas donde constaba cierto tipo de características y comparaciones que le hacían con los diferentes regímenes, motivo por el que se puede inferir que conocía las características generales del RAIS y esto se acopla a lo determinado en la línea jurisprudencial, es decir, se acopla a qué en el momento del traslado se cumplieron con los requisitos de información respecto al funcionamiento del régimen de ahorro individual en comparación con los otros regímenes, que en este caso sería COLPENSIONES.

Indica que, frente a la condena de gastos de administración solicita se tenga en cuenta que dichos gastos no los hace de manera caprichosa, sino que se trata de disposiciones normativas que obligan a las AFP a determinar que el porcentaje cobrado por gastos de administración se destine en primer lugar a cubrir la eventualidad de la invalidez o la muerte; y por el otro lado, a generar rendimientos o generar movimientos sobre los dineros que consta en la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que dichos emolumentos ya fueron invertidos y además le generaron unos rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, motivo por el cual la devolución de dichos gastos serían en principio un enriquecimiento sin causa tanto de COLPENSIONES como eventualmente del señor Vargas. Igualmente se tenga en cuanta que, ante la apariencia de un negocio de buena fe, afilió al señor OMAR VARGAS y en ese entendido solicita al despacho tener en cuenta que ni siquiera las sentencias de la Corte Suprema de Justicia pueden afirmar que un tercero cobijado bajo la buena fe se vea obligado a responder bajo los recursos de su propio patrimonio.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP

DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y después a la AFP OLD MUTUAL es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor NELSON OMAR VARGAS MARTÍNEZ el 24 de septiembre de 1999 (fl.18 v/to), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de noviembre de 1999, posteriormente, se trasladó a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 31 de octubre de 2005 (fl.349 v/to), entidad en la cual se encuentra afiliado actualmente y aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES

del 9 de febrero de 1983 al 31 de octubre de 1999, como se puede ver de la historia laboral expedida por COLPENSIONES y que obra a folio 11.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a las AFPS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL se denota que el accionante al momento de suscribirlas dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de las Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento debieron informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso. Sin que sea dable establecer que al habérsele puesto de presente al actor histogramas como lo manifiesta en su declaración de parte de por cierto que la toda la anterior información se le brindó, pues como bien lo manifiesta el actor allí lo único se le mostró es que según la grafica de OLD MUTUAL tenía mejores ventajas en comparación con otros fondos, pero no se le indicó de manera detallada la diferencia con otros regímenes y el valor de su mesada pensional al momento de pensionarse.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba les asistía a las AFPS, pues eran ellas quienes tenían que demostrar que tipo de información le brindaron al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación del actor buscar a la entidad para que lo ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en dicho fondo.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".*

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de

prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los **gastos de administración** la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado la demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

> *"Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de* ***ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras***.
>
> *Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado".*

De ahí que, no resulta dable desconocer los criterios ampliamente reiterados por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo pretende la entidad accionada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada OLD MUTUAL, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

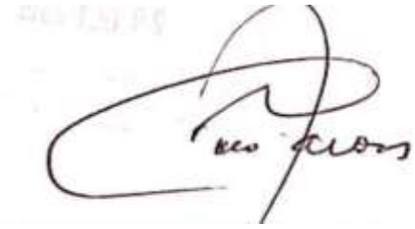
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP OLD MUTUAL.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

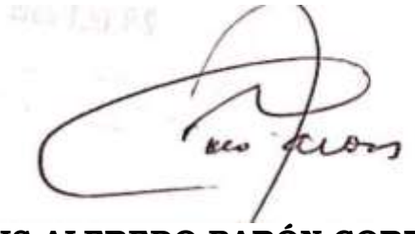


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP OLD MUTUAL en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA RUBIELA BERNAL ROMERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA RUBIELA BERNAL ROMERO,** se **declare** para todos los efectos la ineficacia del traslado del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, de manera subsidiaria se **declare** para todos los efectos la nulidad del traslado del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS, se **condene** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a entregar a COLPENSIONES el capital ahorrado más los frutos y beneficios que ha percibido, los gastos de administración y cuota de manejo que hubiesen descontado las demandadas, se **condene** a las demandadas en costas y agencias en derecho; y se **condene** ultra y extra petita (fls. 22).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 19 a 20), señaló que nació el 13 de agosto de 1959, que al inició de su vida laboral estuvo afiliada

al régimen de prima media realizando aportes desde mayo de 1983 y hasta octubre de 1999, que trabajando en el Hospital Simón Bolívar fue abordada por un asesor comercial de PROTECCIÓN junto con un funcionario de la entidad, que el asesor del fondo de pensiones le solicitó su cédula y que suscribiera un formulario de afiliación en blanco, solicitud coadyuvada por el funcionario de la entidad, que el representante comercial del fondo de pensiones le informó que el ISS desaparecería y que su ahorro pensional se perdería, también le indicó que debía trasladarse al fondo privado para evitar el riesgo de perder la totalidad de sus aportes al sistema de pensiones, no le informó de los requisitos mínimos para regresar al ISS hoy COLPENSIONES, si deseaba hacerlo, no le indicó la forma en como se liquidaría su pensión al momento de cumplir los requisitos de ley, no le indicó que debía contar con un capital mínimo para acceder a la pensión de vejez, que el representante comercial del fondo de pensiones le garantizó que el valor de su mesada pensional sería superior a la que recibiría del ISS hoy COLPENSIONES, le garantizó que el trámite para obtener la pensión de vejez sería muy rápido y en el momento en que lo quisiera, que nunca se le informó que debía acumular un capital mínimo para obtener una pensión de vejez, no se le informó que para obtener una pensión anticipada y mayor cuantía debía hacer aportes voluntarios a la administradora de fondos para garantizar el capital mínimo, no le informaron que le cobrarían cuota de administración mensual de sus aportes, que durante el tiempo en que ha estado afiliada a PROTECCIÓN S.A. no ha recibido información que le develara las desventajas calladas por el agente comercial de la AFP.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los numerales 1 y 2, los cuales tiene relación con fecha de nacimiento de la demandante y aportes efectuados en el régimen de prima media, frente a los demás dijo no constarle y propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción (fls.46 a 50).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 3, los cuales tiene relación con fecha de nacimiento de la demandante y lugar de trabajo en donde efectuó el traslado, no constarle el numeral 2 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo declaración de manera libre y espontanea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica (fls. 91 a 99).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de junio de 2020 (CD – fl. 101), **declaró** la ineficacia de la afiliación que hiciere la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 1° de octubre de 1999. En consecuencia, **declaró** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, **ordenó** a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y aportes adicionales, para lo cual concedió un término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir de la AFP PROTECCIÓN S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral y se **abstuvo** de condenar en costas.

Como **fundamentó su decisión,** refiere la a *quo* que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha desarrollado toda una línea jurisprudencial respecto al deber información que se debía dar al momento del traslado de régimen pensional, así mismo, ha dicho que desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993, los fondos encargados de administrar las pensiones estaban en la obligación legal de suministrar la información suficiente, veraz, clara y oportuna a los diferentes afiliados que quisiesen cambiarse de

régimen de pensional, información que versaba sobre las características y ventajas de cada uno de estos regímenes, igualmente se ha dicho que ha habido una evolución normativa ya que con posterioridad se empezó a requerir el deber de asesoría y buen consejo; y ya a partir del año 2014, a través de la Ley 1748 y el Decreto 2071 de 2015, existe la doble asesoría, también se ha referido sobre la inversión de la carga de la prueba, si bien para el momento del traslado que fue el año 1999, en efecto no se requería esa obligación de documentar, si al menos se debía probar cual había sido la información que se le bridó a la futura afiliada.

Acota la sentenciadora que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante se observaba que la anterior información no fue suministrada, como tampoco existía prueba alguna que demostrará que fue asesorada en debida forma, por lo tanto, considera que se dan los presupuestos que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral desde el año 2008, pues la sola firma del formulario no determina ese consentimiento informado, aunado que de la prueba testimonial se corroboró que no se brindó la asesoría suficiente para el traslado de régimen pensional.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 27 de agosto de 1999, con efectos a partir del 1° de octubre de 1999, declarada por la *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes,

saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

> *"Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.*
>
> *Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales."*

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó la *a quo*, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a

las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

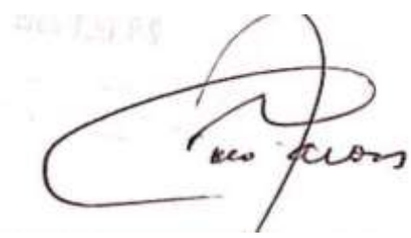
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consulta, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ CALDAS como tercera ad excludendum y NATALIA BAQUERO ÁLVAREZ como litis consorte necesario

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ** se **ordene** a COLPENSIONES a reconocer de manera definitiva y vitalicia la pensión de sobrevivientes, en la proporción correspondiente al 24,1% como beneficiaria del causante GUSTAVO BAQUERO GARZÓN, se **ordene** a COLPENSIONES a incorporarla de manera definitiva en la nómina de pensionados y se **condene** al pago de costas procesales (fl.12).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 13 a 14), señaló en síntesis que el señor GUSTAVO BAQUERO GARZÓN inicialmente contrajo matrimonio con la señora ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ CALDAS y posteriormente, empezó a convivir con ella en el año 1995, la cual se extendió hasta su fallecimiento que ocurrió el 11 de octubre de 2008, que mediante resolución No. 048507 del 22 de octubre de 2009, el ISS dio

cumplimiento al fallo emitido por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Villavicencio reconociéndole la pensión de vejez al causante GUSTAVO BAQUERO GARZÓN a partir del 30 de mayo de 2005, que mediante resolución No. 22589 del 20 de junio de 2012, COLPENSIONES reconoce la sustitución pensional a favor de ELSA MARÍA RODRÍGUEZ en un 51,61% y MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ en un 48,39%, sin embargo, las mismas se encuentran en suspenso hasta que la jurisdicción ordinaria definiera el porcentaje que le corresponde a cada una al presentarse controversia entre las partes interesadas, que las partes suscribieron un contrato de transacción en el que ponen fin de manera definitiva a cualquier controversia respecto del porcentaje correspondiente a cada una de las beneficiarias, en consecuencia procedió a informar a la entidad demandada que no se presentaba controversia entre ellas y se efectuó petición conjuntada para que se levantará la suspensión, sin que se hubiere respondido favorablemente, por lo que procedió a presentar acción de tutela la cual fue conocida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, quien dispuso el pago de la pensión a su favor en un 24,1%, decisión que se dio de manera provisional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES siendo notificada en debida forma guardó silencio, por lo que mediante auto de fecha 29 de mayo de 2018, se dio por no contestada la demanda y se ordenó a oficiar al Ministerio Público (fl.23).

La señora **ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ CALDAS** dio contestación a la demanda, sin embargo, la misma fue inadmitida por la Juez a efecto de que corrigieron los yerros jurídicos anotados por el Despacho, los cuales no fueron subsanados en debida forma, por lo que, mediante auto del 7 de junio de 2019, se dio por no contestada la demanda.

En cuanto a **NATALIA BAQUERO ÁLVAREZ** también fue notificada en debida forma del auto admisorio de la demanda, quien guardó silencio, procediéndose también a tenerse por no contestada la demanda mediante auto del 7 de junio de 2019 (fl.54).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de febrero de 2020, **ordenó** a reconocer a favor de MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho en un porcentaje definitivo del 48,2% del 100% de la que le fue otorgada al causante en condición de beneficiaria de GUSTAVO BAQUERO GARZÓN a partir del 11 de febrero de 2011, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer a favor de la señora ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho en un porcentaje definitivo del 51,8% del 100% de la que fue otorgada al causante, en condición de beneficiaria de GUSTAVO BAQUERO GARZÓN a partir del 11 de febrero de 2017, monto de la mesada pensional será el equivalente al que le fue reconocido al causante, con los incrementos legales que establece el Gobierno Nacional junto con las mesadas adicionales, **condenó** COLPENSIONES a incluir en nómina de pensionado a MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ y ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ a partir del mes de febrero de 2020, **declaró** no probadas las excepciones formuladas por el agente del Ministerio Público Delegado para asuntos Laborales, **condenó** a COLPENSIONES al pago de las siguientes sumas:

- *"A favor de MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ la suma de $27.781.283,64 el pago del retroactivo pensional correspondiente al 24% del 50% de la mesada pensional que acrecentó a partir del 11 de febrero de 2017 al 30 de enero de 2020.*
- *A favor de y ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ la suma de $29.781.283,64 el pago del retroactivo pensional correspondiente al 24% del 50% de la mesada pensional que acrecentó a partir del 11 de febrero de 2017 al 30 de enero de 2020".*

Autorizó a COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo reconocido, lo correspondiente a los aportes a salud y a efectuar en lo sucesivo las deducciones por tal concepto, **condenó** en costas a COLPENSIONES en la suma de 1 SMLMV **(CD fl. 95)**.

Fundamentó su decisión, la *a quo* hizo alusión a la convivencia de la señora ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ con el causante GUSTAVO BAQUERO GARZÓN, indicando que la misma se encontraba acreditada con el registro civil de matrimonio en donde se observa que contrajo matrimonio con el causante 17 agosto de 1980, igualmente, en el interrogatorio de parte rendido por la

demandante MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ dijo que sí había conocido a la cónyuge y que no supo cuando se casaron, que no le conto eso el causante, que no sabía si se había legalizado en algún momento el divorcio, arguye la *a quo* que dentro del registro civil de matrimonio no se encontraba anotación de la separación de la sociedad conyugal o que la unión marital no se encontrará vigente, por el contrario, no existía rastro de hubiera existido algún acto jurídico tendiente a su liquidación o disolución. Aunado a ello, de la prueba recolectada y la revisión de la investigación administrativa por parte de COLPENSIONES se encontraba satisfechos los 5 años de convivencia entre 1970 fecha del matrimonio hasta marzo de 1995, lo que conllevaba a establecer que en efecto la cónyuge es beneficiaria de la prestación reclamada.

Sobre la compañera permanente, adujo que la señora MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ aseguró haber convivido con el causante compartiendo, techo, lecho y mesa inicialmente en Facatativá y posteriormente, en Bogotá desde 1995 y la cual se extendió hasta la muerte del causante ocurrido 11 octubre de 2008, que lo había conocido más o menos en el año 1983, versión que había sido corroborada con la prueba testimonial. Demostrada la convivencia de las dos reclamantes con el causante, indicó la falladora que la demandante solicitaba el pago de la sustitución pensional reconocida por COLPENSIONES en un %24,1%, al 50% de la pensión, por cuanto su hija ya había acreditado los 25 años de edad y no se encontraba cursando estudios universitarios.

A respecto, sostuvo la Juez que mediante resolución 22589 del 20 junio de 2012, COLPENSIONES reconoció un pago único del retroactivo equivalente al 25% causado entre 11 de octubre de 2008 al 17 de noviembre de 2012, por un valor de $16.453.136 a favor de NATALIA BAQUERO RODRÍGUEZ hija de la cónyuge y en calidad de hija menor del causante quien alcanzó la edad de 25 años el día 17 de noviembre de 2010, conforme se verificaba de la cédula de ciudadanía. Así mismo, se reconoció el porcentaje restante a NATALIA BAQUERO ÁLVAREZ como la hija menor del causante a partir del 11 octubre de 2008, y que se mantuvo hasta el 10 de febrero de 2017, cuando alcanzó los 25 años de edad, procediendo al reconocimiento y pago de la acreencia pensional reclamada a partir del 11 de febrero de 2017, hasta alcanzar el porcentaje equivalente al 50% y de la Litis consorte en la misma

proporción en que fue reconocido el otro 50%, pues ambas demostraron ser beneficiarias de conformidad al tiempo de convivencia del causante y la acreditación de requisitos legales para el caso de la cónyuge supérstite. Arguyendo la *a quo* que el porcentaje otorgado a la demandante y litisconsorte coincidía con el que fue dispuesto en la resolución GNR 143681 de 16 mayo de 2016, mediante el cual COLPENSIONES levantó el suspenso de una pensión de sobrevivientes en acatamiento del fallo de tutela proferido por el juzgado 1° administrativo oral del circuito de Bogotá, a favor de RODRÍGUEZ CALDAS en 25,9% en calidad de cónyuge y MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ en un porcentaje del 24,1%.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **COLPENSIONES interpuso recurso de apelación** indicando que se encuentra de acuerdo en cuanto a que se acreditaron los tiempos de convivencia en tanto no son simultáneos, pero respecto de la condena en costas presenta apelación, ya que se encuentra demostrado en el proceso que fue reconocido el derecho pensional a favor de las hijas del causante en un porcentaje del 50% y el otro 50% estaba en suspenso tal como se allegó en el acta de conciliación del 26 de junio de 2018, el comité técnico de conciliación de COLPENSIONES había determinado que la entidad estaba llamada a reconocer esta solicitud siempre y cuando se diera fin a la controversia y se determinará por un juez cual iba a ser el porcentaje y quien tenía derecho, por lo tanto, al ser hasta este momento que se determinara el porcentaje, COLPENSIONES ha actuado legalmente y ha hecho todo para reconocer los valores y porcentajes, por lo tanto, solicita se revise ante el Tribunal las costas procesales.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados corresponde a esta Sala de Decisión determinar si efectivamente las señoras MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ y ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor GUSTAVO BAQUERO GARZÓN, la primera en calidad de compañera

permanente y la segunda, en calidad de cónyuge. En caso positivo, se analizará si operó o no el fenómeno prescriptivo y si procede el reconocimiento de costas procesales en primera instancia.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: ***1.)*** que mediante resolución No. 22589 del 20 de junio de 2012, COLPENSIONES dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Villavicencio dentro del proceso con radicado 2008-152 que había sido previamente iniciado por el causante, en donde se reconoció una pensión de vejez postmortem a favor del afiliado GUSTAVO BAQUERO GARZÓN, así mismo, se realizó sustitución de la prestación reconocida en los siguientes términos: NATALIA ÁLVAREZ BAQUERO con fecha de nacimiento 10 de febrero de 1992, en calidad de hija mayor con estudios, en cuantía inicial de $506.173 efectiva a partir del 11 de octubre de 2008, NATALI BAQUERO RODRÍGUEZ con fecha de nacimiento 17 de noviembre de 1985, en cuantía de un 25% con un pago único por la suma de $16.453.136, el 50% restante fue dejado en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria determinará a quien le correspondía la prestación de sobrevivencia y en que cuantía, ***2.)*** que las demandantes solicitaron ante la entidad demandada que se levantará el suspenso de la pensión de sobreviviente, solicitud que fue negada por la entidad mediante las resoluciones No. 222412 del 16 de junio de 2014 y 150516 del 24 de mayo de 2015, ***3.)*** que las demandantes interpusieron acción de tutela, por lo que mediante fallo proferido el 13 de julio de 2015, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá ordenó: amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de las accionantes y en su lugar reconocer la pensión de sobrevivientes a cada una en un porcentaje del 51,61% de manera transitoria hasta tanto la jurisdicción ordinaria definiera de manera definitiva, ***4)*** que COLPENSIONES en cumplimiento al fallo de tutela profirió la resolución GNR 143681 del 16 de mayo de 2016, en la cual reconoció a favor de la señora ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ un porcentaje del 25,9% y a favor de la señora MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ un 24,1% de la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de octubre de 2008, con su respectivo retroactivo y mantuvo el 50% restante a

favor de NATALIA ÁLVAREZ BAQUERO hasta el 9 de febrero de 2017 (fls. 3 a 10).

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 teniendo en cuenta que el señor falleció el 11 de octubre de 2008 *(fl.62 expediente adiministrativo).* Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

***"Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes**. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista ***(CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011)***.

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por

solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente,** el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho ***(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017).***

Así mismo, en su último pronunciamiento, la CSJ SL estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros**, **casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida** ***(sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018).***

En cuanto a la **compañera permanente**, la providencia antes citada, estableció que es **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento cuando se trata del pensionado fallecido**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no puede considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento**.**

En último pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia **SU 149 de 2021**, se reiteró el requisito de 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante que debe acreditar la compañera permanente, independientemente si el *cujus* era afiliado cotizante o pensionado, precisando lo siguiente:

"Pese a que la legislación contempla, por igual, al grupo familiar del pensionado y del afiliado fallecidos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003) y que, de cara al principio de igualdad, la protección derivada del requisito de convivencia es necesaria para asegurar que personas distintas a los miembros del grupo familiar no obtengan indebidamente reconocimientos pensionales a su favor, la sentencia cuestionada introdujo una diferenciación en la materia. En particular, dispuso que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados.

La Sala Plena considera que esta distinción no corresponde con los propósitos de la pensión de sobrevivientes en general ni con los del requisito de convivencia, en particular. Así mismo, esa diferenciación no obedece a una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que cualquier distinción entre sujetos que acceden a la misma posición jurídica, en este caso la sustitución pensional o la pensión de sobrevinientes, según el caso, debe responder a una razón verificable y que suponga la atención de derechos, bienes o valores constitucionales significativos. De lo contrario, se estará ante una distinción arbitraria y, por ende, que vulnera el principio de igualdad.

La argumentación de la Sala de Casación Laboral no justifica este trato desigual entre los beneficiarios del pensionado y del afiliado. Contrario a lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que en el caso del afiliado no se haya causado el derecho pensional antes de su fallecimiento no es óbice para que sus familiares requieran las mismas protecciones ante la eventualidad de que personas ajenas al grupo familiar obtengan artificiosamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Esto bajo el entendido de que la concesión de esa prestación económica se fundamenta en la dependencia con el afiliado o causante, la cual es análoga en ambos casos y según se ha insistido en los argumentos anteriores.

En este sentido, la Sala Plena comparte el argumento según el cual esta protección también es necesaria para la familia del afiliado, pues las pensiones de sobrevivientes causadas en este supuesto también son susceptibles de situaciones fraudulentas y, sin la exigencia de un mínimo de convivencia, personas que no integraban el grupo familiar del afiliado podrían obtener exitosamente el reconocimiento pensional.

Nótese que, de acuerdo con los órdenes con base en los cuales se reconoce la pensión de sobrevivientes, estos reconocimientos afectarían los derechos de otros miembros del grupo familiar, concretamente, de los hijos, los cuales se encuentran en el mismo orden de prelación y, más aún, de quienes se encuentran en los órdenes sucesivos que solo serían beneficiarios en el caso de que no existan cónyuges, compañeros permanentes e hijos con derecho. Esta consideración es relevante en el caso concreto que resolvió la Corte Suprema de Justicia, pues su postura condujo a que la pensión de sobrevivientes fuera compartida entre los hijos del afiliado y la compañera permanente, quien no demostró convivir con el causante en el tiempo mínimo establecido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, el trato diferenciado carece de una justificación objetiva porque desatiende que, sin importar si se está ante una prestación causada por la muerte del afiliado o pensionado, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar. Al eximir al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del afiliado de demostrar los cinco años de convivencia, la Corte Suprema de Justicia inaplica el requisito que el Legislador, en ejercicio de su margen de configuración en materia de seguridad social, estimó adecuado

para determinar que el beneficiario, en efecto, pertenece al grupo familiar del causante. De la misma manera, esta interpretación es problemática respecto de la noción misma del matrimonio o de la unión marital de hecho, las cuales tienen dentro de sus elementos definitorios la convivencia estable y singular de los integrantes de la pareja. Es a partir de esa convivencia que se generan deberes jurídicos de solidaridad y mutuo socorro, con base en los cuales válidamente el Legislador previó determinados requisitos y plazos predicables al caso examinado. En este sentido, el Legislador, dentro de su amplio margen de apreciación en materia de diseño de las prestaciones en materia de seguridad social, impuso el requisito de convivencia como un medio adecuado para garantizar que la pensión de sobrevivientes se reconozca a los beneficiarios a partir de sus finalidades, sin que lo dicho constituya un juicio abstracto sobre la constitucionalidad del requisito de convivencia o la imposibilidad de que posteriormente el Congreso de la República pueda variar dichos requisitos.

57. Las anteriores razones evidencian que la sentencia de casación del 3 de junio de 2020 desplegó una interpretación del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993 que no es conforme con el principio de igualdad. Por el contrario, de una interpretación compatible con este principio constitucional, se deduce que la exigencia de los cinco años de convivencia con el causante responde a la finalidad de que sea el grupo familiar el que acceda a la pensión de sobrevivientes y de proteger a este grupo de solicitudes artificiosas o ilegítimas. Por esta razón, debió considerarse que la compañera permanente del afiliado debía demostrar este tiempo de convivencia con su causante".

En relación a la **cónyuge**, dicha Corporación ha defendido que la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, ***siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto*** *(SL 1399/2018-SL 4047/2019)*, al considerar que la separación de cuerpos solo extingue el deber de cohabitación, más no es un obstáculo para que él o la cónyuge que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación, por cuanto, no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial. Entendiéndose que con tal aspecto se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social ***(SL 5169 del 27 de noviembre de 2019)***.

De los apartes jurisprudenciales precitados pasa la Sala a revisar las pruebas aportadas al proceso, para establecer si se dieron cada uno de los requisitos anteriormente mencionados, en cuanto a la señora **ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ** se aportó registro civil de matrimonio el cual se encuentra adjunto en el expediente administrativo que obra a folio 62, con el cual se acredita que contrajo matrimonio con el causante el 17 de agosto de 1980, vínculo matrimonial que se mantuvo hasta marzo de 1995, según

lo dicho por la demandante MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ en su interrogatorio de parte, quien señaló que si bien su relación con el señor GUSTAVO BAQUERO GARZÓN inició en el año 1983, solo fue hasta el año 1995 que se fueron a convivir juntos, recalcando que durante dicho lapso el causante aún convivía con la señora ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ, de manera que ésta se mantuvo hasta el año 1995, reuniendo así los 5 años de convivencia requeridos en cualquier tiempo por haber acreditado su condición de cónyuge.

En cuanto a la señora **MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ** declararon a su favor NATALIA BAQUERO ÁLVAREZ, FANNY FERNÁNDEZ DE VILLALOBOS y MONICA NARANJO, la primera; en calidad de hija de la actora con el causante, quien corroboró lo manifestando en el interrogatorio de parte de la señora MARÍA DEL PILAR, esto es, que convivió con el señor GUSTAVO BAQUERO hasta el día de su fallecimiento y que dejó de laborar para estar al cuidado de la enfermedad del pensionado fallecido, de otro lado, la señora FANNY FERNÁNDEZ DE VILLALOBOS manifestó que conoció a la actora más o menos para los años 1993-1994, porque la hermana del señor GUSTAVO BAQUERO GARZÓN le había comentado sobre la relación que ellos sostenían, así como del nacimiento de su hija que lo fue más o menos para el año 1990, que posteriormente, formalizaron la relación y se fueron vivir juntos en la casa del señor GUSTAVO BAQUERO de donde era vecina, que desde dicho momento permanecieron juntos hasta su fallecimiento, constándole el cuidado y convivencia que tuvo la señora MARÍA DEL PILAR con el causante, versión que fue ratificada por la señora MONICA NARANJO quien es amiga de la familia de la demandante y relató que le constaba de la relación sentimental que tuvo la señora MARÍA DEL PILAR con el causante, porque inicialmente los visitaba en el llano para el año 1984, cuando eran novios y después fue que se organizaron, confirmando que la demandante mantuvo la convivencia con el causante hasta la fecha de su deceso. Con las declaraciones expuestas no cabe duda que efectivamente la actora cumple con los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, lo cual la hace merecedora de la pensión reclamada.

Teniendo en cuenta el tiempo de convivencia acreditados la proporción de la mesada debe ser diferente, pues no se acredita tiempos iguales, tal y como

lo contempla el inciso 3° del literal b del artículo 13 de la ley 797 de 2003, con los condicionamientos que le hiciera la Corte constitucional en la sentencia C-1035 de 2008, en el que se afirma:

"la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante".

Así las cosas, se tiene que la señora **ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ** acreditó un tiempo de convivencia con el causante entre el 17 de agosto de 1980 al 31 de marzo de 1995, es decir, 14 años, 7 meses y 14 días; y con la señora **MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ** del 1° de marzo de 1995 al 11 de octubre de 2008, para un total de 13 años, 7 meses y 11 días, de manera que teniendo en cuenta la mesada pensional del señor GUSTAVO BAQUERO inicialmente fue reconocida en un 50% a favor de sus hijas quienes se encontraban cursando estudios y menores de 25 años, la discusión radicaba inicialmente en el 50% restante, por lo que sobre ese 50%; le correspondía a la señora ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ el 25,9% y a la señora MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ 24,1%, tal y como fue establecido por COLPENSIONES en la resolución GNR 143681 el 16 de mayo de 2016, no habiendo lugar a ordenarse el pago del retroactivo de las mesadas a partir del 11 de octubre de 2008, momento del fallecimiento del causante, pues la mismas ya fueron reconocidas en la resolución mencionada.

No obstante, en esta oportunidad debe acrecentarse el valor de la mesada a las demandantes a partir del 11 de febrero de 2017, tal y como lo tuvo por sentado el *a quo*, como quiera que NATALIA BAQUERO ÁLVAREZ hija del señor GUSTAVO BAQUERO quien percibía el 50% de la mesada pensional cumplió los 25 años de edad el 10 de febrero de 2017, perdiendo así el beneficio pensional al tenor de lo dispuesto en el literal C.) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Por consiguiente, la mesada debe acrecentarse y redistribuirse a favor de las demandantes en los porcentajes establecidos en primera instancia, esto es, MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ en el 48,2% y ELSA OMAIRA RODRÍGUEZ en el 51,8%, correspondiéndole a la primera un retroactivo del 11 de febrero de 2017 al 30 de noviembre de 2021, en la suma de $ 101.789.097,7 y a la

segunda un retroactivo de $109.391.594,1. Advirtiéndose que en caso de las demandantes se encuentren percibiendo mesadas pensionales con ocasión de la acción de tutela proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, deberán ser descontados a los valores aquí calculados y los que se sigan ocasionando.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción le asiste razón a la Juez en que la misma no operó, pues el fallecimiento del señor GUSTAVO BAQUERO acaeció el 11 de octubre de 2008, observándose de la resolución No. 22583 del 25 de noviembre de 2009 y que se encuentra dentro del expediente administrativo, que las demandantes iniciaron su reclamación pensional durante el trámite del proceso que se llevó a cabo en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Villavicencio que fue instaurado por el causante para reclamar su derecho pensional, a pesar de que COLPENSIONES les reconoció el derecho pensional en dicho acto administrativo (No. 22583 del 25 de noviembre de 2009,) nunca las ingresó a nómina, es decir, nunca recibieron mesada pensional, incluso en la resolución 22589 del 20 de junio de 2012, se dejó sin efecto todos los actos administrativos expedidos por la entidad con antelación a dicha data, ordenando dejar en suspenso el valor de la mesada de las actoras hasta tanto, la justicia ordinaria Laboral definiera.

De conformidad con lo anterior, las demandantes siguieron insistiendo su derecho pensional a través de peticiones en las que manifestaron no existir controversia entre ellas, las mismas que fueron resueltas negativamente mediante las resoluciones No. 222412 del 16 de junio de 2014 y 15016 del 24 de mayo de 2015, lo cual las condujo a interponer acción de tutela para que les fuera amparados los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, que salió avante a través de decisión proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá el 13 de julio de 2015, COLPENSIONES en cumplimiento de dicha decisión expidió resolución GNR 143681 del 16 de mayo de 2016 y la demanda se instauró el 5 de septiembre de 2016 (fl.17), quedando demostrado que fue

interrumpido el término prescriptivo sin superar los 3 años que contempla en artículo 151 del CPTSS.

Costas

En cuanto a la condena en costas a COLPENSIONES en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio, al tener la obligación de reconocer la pensión de sobrevivientes solicitada por las demandantes, deberá sufragar los gastos de costas procesales. Ahora, si bien la entidad decidió no resolver el reconocimiento pensional manifestando que no era posible establecerse a quien le asistía el derecho teniendo en cuenta que existía controversia entre ellas, debiendo ser la justicia ordinaria quien debía dirimir el conflicto, dicha justificación solo la exime al pago de intereses moratorios como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, más no en el caso de las costas, toda vez que al tener las demandantes que acudir ante la justicia ordinaria debieron incurrir en gastos imprescindibles del proceso, aunado a que la accionada presentó oposición a las pretensiones de la demanda, por lo tanto, son motivos más que suficientes para que deba ser condenada en costas en primera instancia.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA:

COSTAS a cargo de COLPENSIONES como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto al valor del retroactivo, advirtiéndose que los mismos se incrementaran hasta tanto la

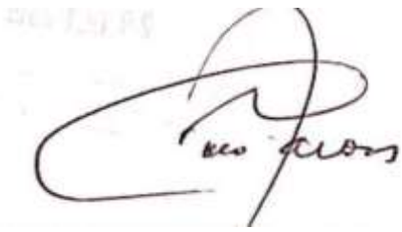
entidad demandada las incluya en nómina de manera definitiva y en los porcentajes reconocidos en primera instancia, valores que, al 30 de noviembre de 2021, asciende a la suma de:

MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ: $ 101.789.097,7
OMAIRA RODRÍGUEZ : $ 109.391.594,1

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia. Advirtiéndose que en caso de las demandantes se encuentren percibiendo mesadas pensionales con ocasión de la acción de tutela proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, deberán ser descontados a los valores aquí calculados y los que se sigan ocasionando.

TERCERO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

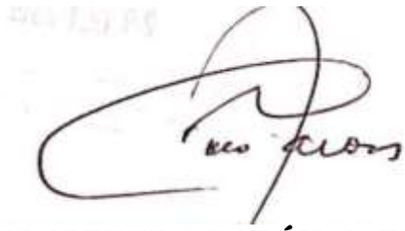
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

2750338	Tabla Retroactivo Pensional (100% mesada 2.016 $ 2.750.338)					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Mesada Maria Alvarez 48,2%**	**Mesada Omaira Rodriguez 51,8%**	**N°. Mesadas**	**Subtotal Maria Alvarez**
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 1.325.662,92	$ 1.424.675,08	0,00	$ 0,0
11/02/17	31/12/17	5,75%	$ 1.401.889,00	$ 1.506.593,90	12,67	$ 17.757.260,7
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 1.459.226,00	$ 1.568.213,59	14,00	$ 20.429.164,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.505.629,00	$ 1.618.082,78	14,00	$ 21.078.806,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 1.562.843,00	$ 1.679.569,93	14,00	$ 21.879.802,0
01/01/21	**30/11/21**	1,61%	$ 1.588.005,00	$ 1.706.611,01	13,00	$ 20.644.065,0
Total retroactivo						**$ 101.789.098**

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional Maria Alvarez	$ 101.789.097,7
Retroactivo pensional Omaira Rodriguez	$ 109.391.594,1
Total	**$ 211.180.691,8**

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de $ 900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA PATRICIA JAIME JARAMILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARTHA PATRICIA JAIME JARAMILLO,** se **declare** la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. realizado el 1° de enero de 2001, se **ordene** a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, se **ordene** a COLPENSIONES que en caso que los dineros trasladados a dicha entidad resulten inferiores al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media, se otorgue la oportunidad de tiempo prudencial para que se cancele dicha diferencia, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.1 a 3), señaló en síntesis que nació el 10 de septiembre de 1961, que estuvo afiliada al ISS hoy

COLPENSIONES desde el 29 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2000, que el 1° de enero del año 2000, la AFP COLFONDOS le ofrece trasladarse a dicha entidad, que el traslado se llevó a cabo en la oficina en la cual trabajaba para la época, esto es, en la empresa GETRONICS ubicada en la ciudad de Bogotá D.C. calle 100 con 8°, que el asesor de COLFONDOS S.A. argumentó que la conveniencia del traslado la veía reflejada en su mesada pensional la cual correspondería a más del doble del valor de lo que podría recibir en el ISS como mesada pensional, que el asesor encargado de dicho traslado no le suministró la información financiera necesaria, completa y veraz para tomar la decisión de traslado, induciéndola a error, que evidencia la gravedad de su situación en el momento en que le es proyectado el valor de la pensión que el otorgará el fondo de pensiones COLFONDOS S.A. en el mes de enero del año 2019, que el 29 de marzo de 2019, se solicita de nuevo la proyección de la mesada pensional ante COLFONDOS S.A. la cual arroja como posible valor de la mesada la suma de $1.576.972, que al revisar el formulario de afiliación se evidencia que allí no existe información sobre la grave diferencia que acarreaba en su mesada pensional dicho traslado, que no se le realizó un cálculo actuarial en el que se evidenciara con qué entidad le resultaría la pensión lo suficientemente favorable, que solicitó a un profesional experto en cálculo actuarial, le realizará un paralelo frente a la favorabilidad qué hubiera tenido en el RPM vs el RAIS, que una vez le entregan el mencionado cálculo, se confirma el hecho de que su decisión de trasladarse de fondo se vio permeada de manera artificiosa con ocasión a la falta de información frente a las pretensiones económicas que le generaría el traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que la diferencia que arrojó el cálculo actuarial fue de $2.889.613, que el 25 de febrero de 2019, radicó ante COLFONDOS S.A. solicitud de nulidad de traslado entre regímenes pensionales, la cual fue atendida por la entidad el 19 de abril de 2019, de forma desfavorable y el 3 de abril de 2019, radicó la misma solicitud ante COLPENSIONES, la cual se resolvió de forma desfavorable el 8 de abril de 2019.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLFONDOS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 8, 20 y 21, los cuales tienen relación con la fecha de nacimiento de la demandante y respuesta a la petición presentada por la demandante, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 3, 5, 6, 10, 11, 14, 16 a 19 y 22; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 152 a 169).

COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 11, 23 y 24, los cuales tienen relación con la fecha de nacimiento de la demandante, fecha de afiliación al ISS y aportes, reclamación presentada ante la entidad y respuesta, en cuanto a los demás señaló no constarle y propuso como excepciones de fondo error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica (fls. 181 a 188).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de febrero de 2020 (CD – fl.191), **declaró** la ineficacia del acto jurídico del traslado que efectuó la demandante del régimen solidaria de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 22 de junio de 2000 y en consecuencia, establecer que la afiliación valida de la demandante corresponde al régimen de prima media, **condenó** a COLFONDOS S.A. a trasferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con el bono pensional si a ello hubiera lugar, rendimientos financieros e igualmente

costos cobrados por administración, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante y aceptar los valores que remita COLFONDOS S.A., **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a COLFONDOS en la suma de 1 SMLMV.

Fundamenta su decisión, señaló el *a quo* que para resolver el problema jurídico se advertía que en estos casos guardan identidad jurídica con una línea jurisprudencial ya determinada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde se determina un entendimiento sistemático de lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma que establece la obligación del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones desde la creación de la Ley 100 de 1993, pues establece que no puede entenderse que la expresión de "*hacerse la afiliación de manera libre y voluntaria",* necesariamente presupone un conocimiento preliminar, lo cual solo se puede alcanzar de manera suficiente cuando se conoce a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, obligación de información que esta cargo de las administradoras de fondo de pensiones, obligación que además nace con lo dispuesto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en su versión original, de allí entonces surgía la regla que se fijó para efectos de invertir la carga de la prueba.

En consideración a lo expuso el sentenciador refiere que en efecto en el presente asunto la demandante en su momento no fue beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia de dicha disposición legal solo contaba con 32 años y un total de 398 semanas, sin embargo, ello no era óbice para no analizar los criterios jurisprudenciales, en cuanto al formulario de afiliación de la demandante al RAIS, desde el plano formal el mismo cumplía con el lleno de los requisitos de la norma válida que resultaba aplicable para su periodo, esto es, el artículo 11 del Decreto 662 del año 1994, pues al efecto, allí se determinó la información necesaria exigida por esa norma como es la información personal del potencial afiliado, la información de su vínculo laboral, la información de sus beneficiarios y cuenta con la suscripción de su empleador, de la demandante y también del fondo, no obstante, la misma no resultaba suficiente para demostrar el respectivo deber de información que le correspondía acreditar a COLFONDOS S.A, por lo que analizadas las

pruebas allegadas las mismas no demostraban que efectivamente se hubiera brindado una asesoría suficiente para la toma de decisión de la demandante, más aún cuando contaba con 696.71 semanas, que equivale al 69% de la densidad de semanas que se exigía para ese momento para el régimen de prima media, que era administrado por el Instituto de Seguros Sociales, situación que debió advertir el asesor a la demandante, para tomar una decisión de manera libre y espontánea, observando una omisión por parte de la accionada, pues tampoco existió una re asesoría con posterioridad, y si bien se allegó en su momento prueba documental que corresponde a una publicación del TIEMPO, la misma es del año 2016 y tampoco acreditaba que se hubiere notificado de manera directa a la demandante, razón por la cual debía declararse la ineficacia del acto jurídico de traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se revoque las condenas impuestas en esta sentencia, toda vez que al entenderse válidamente el traslado de la demandante al régimen de prima media, se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se materializa en prohibición legal del traslado en la que ella se encuentra inmersa, prohibición esta que no fue impuesta de manera caprichosa por el legislador y si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber de buen consejo y cuidado por parte de las administradoras, también lo es que los afiliados tienen obligaciones que nacen incluso en su calidad de ciudadanos, y es que la información que extraña no haber recibido la demandante se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento.

Además, en virtud del principio de la comunidad de la prueba se evidencia la existencia y el contenido de la asesoría por COLFONDOS, que para la época cumplía con la legislación vigente, el consentimiento informado que se tuvo de la demandante, incluso manifestó en interrogatorio de parte que solo la obtuvo cuando COLFONDOS se presentó en su lugar de trabajo, porque según su propio dicho ella desconocía los requisitos para pensionarse en el ISS, y realmente desconocía el régimen al que pertenecía, fue COLFONDOS mediante sus asesores quienes indicaron las

características propias del RAIS, que no constituyen omisiones en la información. Aunado a lo anterior, la demandante confiesa que su único motivo para trasladarse o el engaño que dice siente haber recibido por parte de la administradora, radica en la afirmación de que el ISS se iba a acabar, esta afirmación no puede ser tenida de recibo cuando ya pertenencia primero al conocimiento propio de la demandante, por lo que ruega se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener

una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, cabe resaltar que las sentencias aquí señalas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARTHA PATRICIA JAIME JARAMILLO el 17 de noviembre del año 2000 (fl.171), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través COLFONDOS S.A., afiliación que fue efectiva a partir del 1° de enero de 2001, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 11 de agosto de 1986 al 31 de diciembre del año 2000, como se puede ver de la historia laboral expedida por COLPENSIONES y que obra a folio 27.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. obrante a folio 171 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP COLFONDOS S.A., debió informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, los cuales claramente no se encuentran acreditados en el presente caso.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindó al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, tampoco era obligación de la actora buscar a la entidad para que la ilustrara sobre las distintas modalidades pensionales o para que le indicará sobre las diferencia de ambos regímenes, pues este deber le correspondía directamente a la AFP

quien debió informarle desde el momento de la suscripción del formulario como durante su permanencia en dicho fondo.

Ahora, en cuanto a que la entidad no tenía la obligación del deber de información para el momento en que surtió el traslado, por cuanto se encontraba amparado por el Decreto 663 de 1993, el cual no plasmaba dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, también se ha pronunciado al respecto, señalando que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;* ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014- reiterada en sentencia SL 1467 de 2021).

Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las mismas de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".*

Finalmente, aludió a que Ley 795 de 2003, *"Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*» recalcó en su artículo 21 este deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas"*.

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor

se ajustara a sus intereses. Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público (SL 1467 de 2021), de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta

de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

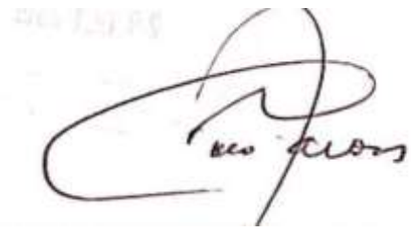
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

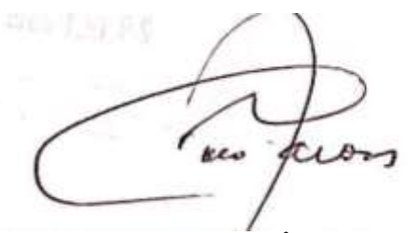


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo COLPENSIONES en la suma de $ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR CARLOS FERNANDO CAGUA ROBAYO CONTRA FAMISANAR EPS.

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de noviembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 7 de marzo de 2019 (fls.145 a 149).

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS FERNANDO CAGUA ROBAYO** acude a la presente acción[1] a efectos de que se condene a FAMISANAR EPS S.A., al reconocimiento y pago de la suma $3.856.900 por los gastos en que incurrió por concepto de la atención médica recibida en la Clínica Barraquer.

[1] Folio 1 a 2

Fundamenta sus pretensiones en que, en el mes de abril de 2016, tuvo una molestia visual y por ello acudió a la IPS FAMISANAR Calle 26 para pedir una cita la cual se la dieron para el 2 de mayo con el especialista, sin embargo, antes debía pasar por medicina general, que se presentó a la cita en la Clínica del Niño-Colsubsidio de la calle 67 y lo atendió el Dr. Gabriel Mozos quien le manifestó tener una patología confusa y, por ende, lo remitió a Retinología. Manifiesta que al pedir las autorizaciones a la EPS FAMISANAR, la asesora se quedó con las ordenes y le dijo que podía pasar a los cinco días hábiles siguientes para asignarle la cita con una IPS que tuvieran convenio, remitiéndolo a la IPS UNIVER PLUS OFTALMOHELP, al solicitar la cita prioritaria indica que se la dieron para el 4 de agosto de 2016, sin embargo, su visión empeoró en su ojo izquierdo, señalando que su ojo derecho ya tenía una pérdida total de visión, por lo que decidió acudir nuevamente a urgencias a la Clínica del Niño y posteriormente, a la Clínica San Rafael donde fue valorado, indicándole que debía esperar nuevamente las autorizaciones correspondientes, tomando como referencia el tiempo para el examen de retinología.

Arguye, que frente a la urgencia presentada, se vio obligado a acudir al Instituto de Cirugía Ocular Clínica Barraquer por ser su ojo izquierdo el único funcional, donde le prestan la atención requerida y oportuna tras practicarle una cirugía de ASPIRACIÓN DE MASAS CAPSULARES OJO IZQUIERDO, que el 13 de octubre de 2016, realiza la radicación de los documentos para solicitar el reembolso ante FAMISANAR EPS sin que a la fecha se haya efectuado el mismo y que los controles postoperatorios han corrido por su cuenta y no están incluidos en la presente reclamación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FAMISANAR EPS a través de apoderado contesta que el señor CARLOS FERNANDO CAGUA ROBAYO recibió atención integral en salud a partir de sus requerimientos médicos y clínicos derivados de la condición de salud oftálmica adjuntando la relación de servicios ordenados y prestados por FAMISANAR EPS al demandante. Señala que la solicitud de reembolso presentada por el demandante a la EPS es extemporánea, pues ésta se dio tres meses después de haber accedido a los servicios de salud que de manera particular le prestó la IPS Institución Oftalmológica Barraquer, pues como se evidencia el trámite fue hecho hasta el mes de octubre de 2016, propone la excepción de cumplimiento de la normatividad sobre el reconocimiento de reembolsos por servicios de salud, la cual se fundamenta en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 7 de marzo de 2019 (fls. 145 a 149), **accedió** a las pretensiones de la demanda y **ordenó** a FAMISANAR EPS a pagar la suma de $ 3.856.900 a favor del señor CARLOS FERNANDO CAGUA ROBAYO.

Como sustento a su decisión estableció que el proceso de atención en salud del señor CARLOS FERNANDO CAGUA ROBAYO venía siendo atendido por profesionales adscritos a la red de prestadores de FAMISANAR EPS tal como lo muestran las historias clínicas de consultan médicas por medicina general, urgencias y oftalmología, así como también, las autorizaciones de servicios. Sin embargo, a pesar de haber sido

ordenada por los médicos tratantes la cita por la especialidad de retinología en tres oportunidades, tal como se evidenciaba en las autorizaciones expedidas por FAMISANAR EPS, está tan solo le asignó cita para el 4 de agosto de 2016, es decir 90 días después de haberse ordenado la primera vez 2/05/2016 y ante la urgencia que requería de ser valorado por dicha especialidad acorde al diagnóstico de CATARATA TRAUMATICA NO ESPECIFICADA, CEGUERA POR UN OJO, DESPRENDIMIENTO DE RETINA EN AMBOS OJOS entre otros, era claro que la EPS debió autorizar y asignar cita prioritaria en aras de evitar que el usuario perdiera su único ojo.

Enfatiza que ante la preocupación del demandante frente al empeoramiento que presentaba la visión de su ojo izquierdo, teniendo en cuenta que el ojo derecho ya presentaba una pérdida de la misma, sumado a la demora en la emisión de las autorizaciones, exámenes y programación de la cirugía, lo llevó a tomar los servicios particulares de la Institución Oftalmológica Barraquer donde obtuvo la atención requerida y oportuna. Aduce que, si bien FAMISANAR EPS expidió autorizaciones de servicios, el solo hecho de hacerlo no la exime de la responsabilidad de garantizar oportunidad en la realización del servicio que autoriza a través de su red de prestadores, por lo tanto, no garantizó oportunamente la atención en salud requerida por el señor CAGUA ROBAYO, lo cual obligó al demandante a que acudiera a una atención particular y a un procedimiento quirúrgico para salvaguardar y preservar la visión del ojo izquierdo.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (Fls.154 a 155) señalando que ha garantizado todos los servicios de salud al señor CARLOS FERNANDO CAGUA ROBAYO al generarle todas las

autorizaciones que se encuentran contempladas en el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, es decir, no existe negación alguna.

Argumenta que previa a la realización de la cirugía que tomo el demandante el 12 de junio, FAMISANAR EPS con autorización No. 26048255 había autorizado el ingreso a la IPS HOPSITAL SAN IGNACIO el 8 de junio de 2016, es decir, le garantizó el acceso a los servicios teniendo en cuenta la patología que presentaba. Refiere que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación no tuvo en cuenta que la solicitud de reembolso no se hace dentro de los términos que indica el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, por lo que la radicación del reembolso se hace de forma extemporánea, el demandante lo hace tres meses después de que se realizó el procedimiento médico, es decir el 13 de octubre de 2016, por lo tanto, no le asiste razón como quiera que no cumple con los presupuestos indicados en la norma en mención, más aún cuando el usuario es quien decide tomar el servicio de forma particular.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la EPS FAMISANAR brindó los servicios médicos que requería el accionante oportunamente. Así mismo, se analizará si la solicitud de reembolso de los gastos médicos que sufrago el actor particularmente, fue presentada de manera extemporánea.

Reembolso de gastos médicos

Sostiene el demandante que, en el mes de abril de 2016, fue remitido por el servicio de oftalmología al servicio del oftalmólogo retinologó, ante una molestia que presentaba en su ojo derecho izquierdo, siendo remitido a la

IPS UNIVERPLUS OFTALMO HELP, quien le asignó cita para el 4 de agosto de 2016, que ante la persistencia de la molestia en su ojo izquierdo decide acudir nuevamente a urgencias el 31 de mayo de 2016, a la CLÍNICA DEL NIÑO COLSUBSIDIO, siendo remitido al HOSPITAL SAN IGNACIO, donde nuevamente lo remiten al especialista, para lo cual debía realizar otra vez las autorizaciones y acudir a medicina general previamente, siendo este el motivo, por el que decidió acudir de manera particular a la CLÍNICA BARRAQUE, en donde se le realizó el procedimiento quirúrgico que necesitaba.

Como pruebas de su dicho aporta consulta de oftalmología ante COLSUBSIDIO de fecha 2 de mayo de 2016, en donde le fue diagnosticado catarata traumática y se emite orden de interconsulta por retinología, se encuentra valoración por el oftalmólogo retinologó del 8 de junio de 2016, del HOSPITAL SAN IGNACIO en donde se señala que es atendido por servicio de urgencia con diagnóstico de catarata no especificada, ordenándose valoración retinología consulta externa prioritaria por la EPS, ecografía ocular 030 izquierdo prioritario y valoración por medicina laboral prioritario EPS, se aportó valoración oftalmóloga de la CLÍNICA BARRAQUER del 24 de junio de 2016, quien hace diagnóstico de desprendimiento de la retina SAI antiguo en ambos ojo, otras alteraciones visuales lactocrumenancia en ojo izquierdo, pseudofaquia ojo izquierdo y el 12 de julio de 2016, se realiza el procedimiento quirúrgico en el ojo izquierdo.

En miras de resolver la litis planteada, en cuanto a los principios de continuidad, oportunidad e integralidad de los servicios de salud, la Corte Constitucional ha precisado:

> *"Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto*

en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y pro-tección de grupos poblacionales específicos. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en los principios de continuidad, oportunidad e integralidad, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.

*El **principio de continuidad** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que "una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.". La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación.*

*Por su parte, el **principio de oportunidad** se refiere a "que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.". Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.*

*Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del **principio de integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, du-rante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.*

Del análisis de los referidos principios, se concluye que el suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud. De ahí que, a juicio de esta Corporación, dicha obligación deba satisfacerse de manera

oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, por cuanto la dilación injustificada en su entrega, generalmente se traduce en que el tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna. Esta situación, en criterio de la Corte, puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y a un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad

Desde esta perspectiva, este Tribunal ha insistido en que el suministro tardío o no oportuno de los medicamentos prescritos por el médico tratante desconoce los citados principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud" **(T-092/2018) (negrilla y subrayado fuera del texto original).**

De acuerdo a la anterior cita jurisprudencial y las patologías que tuvo el accionante, se colige que era necesaria la continuidad del servicio de manera oportuna, pues de no hacerlo, afectaba gravemente la visión de su ojo izquierdo, téngase en cuenta que el accionante acude por primera vez a los servicios médicos prestados por la entidad accionada en el mes de abril de 2016, en donde es remitido a diferentes especialistas sin que se lograra la mejoría esperada, al persistir las molestia y con un antecedente de pérdida de visión del ojo derecho, el actor se ve en la necesidad de acudir nuevamente a urgencias donde a pesar de observarse la urgencia de un tratamiento oportuno, la entidad nuevamente lo remite al especialista, previo a una valoración médica general, trámites que evidentemente ponía en peligro su situación, pues conociendo los antecedentes médicos del actor, debió procederse al intervención que se necesitaba de manera inmediata, sin que sea dable entender que ante la autorización No. 26048255 que hace referencia la demandada, se presuma que el servicio fue prestado oportunamente, pues una cosa es autorizar y otra es prestar el servicio pertinentemente ante a urgencia de la enfermedad que padece el paciente, de manera que la entidad lo que debió hacer era ordenar el tratamiento sin necesidad de autorización, ni consulta previa a medicina

general, por lo tanto, la orden impuesta en primera instancia se encuentra ajustada a derecho.

Finalmente, en lo que respecta a la **extemporaneidad del reembolso** de acuerdo a lo establecido en la Resolución 5261 de 1994, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha razonado en que el plazo contemplado en dicha resolución no puede considerarse como un término prescriptivo, tal y como lo precisó en sentencia T-594 de 2007, en donde dijo:

> *"La vulneración de los derechos del actor se torna más gravosa por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento de dicha prestación con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, cual es el hecho de que la reclamación fue presentada de forma extemporánea, esto es, vencido el término establecido en el numeral 6.1.7 de la Resolución 2475 de 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, según el cual los afiliados cuentan con un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la referencia del paciente en casos de urgencia, para formular la solicitud de reembolso. Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten".*

Así las cosas, las razones que fundamentó la entidad accionada para negar el reembolso solicitado no resultan acertadas, por lo tanto, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 7 de marzo de 2019, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado