

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01562 -01
Demandante: **BLANCA FLOR MORENO DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **BLANCA FLOR MORENO DE RODRÍGUEZ** promoviese en contra de **MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reembolso de la suma de \$175.250 por concepto del medicamento

denominado "fluticasona propionato 500 mcg + salmeterol xinafoato 50 mcg, polvo inhalado".

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

1) En 2012 le fue formulado el medicamento "fluticasona propionato 500 mcg + salmeterol xinafoato 50 mcg, polvo inhalado" por parte del especialista en neumología; **2)** Durante abril y julio de 2017 no le fue suministrado el medicamento aludido; **3)** El 12 de junio de 2017 elevó derecho de petición, solicitando el medicamento, empero, no obtuvo respuesta; **4)** Asumió el costo del medicamento; y **5)** el 22 de agosto de 2017 solicitó el reembolso del valor que gastó en el medicamento, sin que la E.P.S. emitiera respuesta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 37) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, ilegibilidad de la factura allegada con la demanda, los recursos de la salud tienen una destinación específica, y la genérica.

Indicó que la factura allegada con la demanda es ilegible, por lo que, en tales condiciones, no puede ser objeto de reconocimiento; y que los recursos de salud tienen una destinación específica, de modo que no puede destinarlos a fines diferentes como lo sería el reconocimiento del medicamento pretendido.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01562 -01
Demandante: **BLANCA FLOR MORENO DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 13 de febrero de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 25 a 29):

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

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, reconocer y pagar a favor de la actora, la suma de \$178.800, de conformidad con el proceso de liquidación forzosa fijado en el Decreto 2555 de 2010.

En síntesis, refirió que la Corte Constitucional ha establecido que el servicio de salud se debe prestar, teniendo en cuenta los principios que la regulan, oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que es obligación de las E.P.S. entregar medicamentos sin ningún tipo de dilación; que según concepto de la galena Yeimi Carolina Florian Díaz hubo negligencia y falta de oportunidad en la entrega del medicamento por parte de la E.P.S.; que el derecho de salud de la accionante debe reforzarse por ser una persona de la tercera edad; y que la factura del medicamento allegado por la accionante es legible, y de ella se logra desprender que se debe pagar la suma de \$178.800.

IV. APELACIÓN

CAFESALUD E.P.S. (fl.35).

Adujo que mediante Resolución 007172 de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD E.P.S., por lo que, todas las personas naturales o jurídicas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones, debieron radicar sus créditos dentro del proceso liquidatorio.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si en virtud del proceso liquidatorio de la entidad demandada no es dable ordenar el reconocimiento y pago del medicamento pretendido.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

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

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del

4

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01562 -01
Demandante: **BLANCA FLOR MORENO DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

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

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

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

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

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y

tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

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

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

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al

promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i)** El 03 de abril, 22 de junio, y 22 de julio de 2017, fue autorizado por parte de CAFESALUD E.P.S. la entrega a la actora del medicamento denominado “fluticasona propionato 500 mcg + salmeterol xinafoato 50 mcg, polvo inhalado”; no obstante, no se efectuó su entrega dejándose constancia de que estaba pendiente (fls. 4 a 10).
- ii)** El 23 de junio de 2017, la actora elevó derecho de petición para lograr el retiro del medicamento (fls.11 y 12).
- iii)** El 13 de agosto de 2017, la accionante pagó el medicamento denominado “fluticasona propionato 500 mcg + salmeterol xinafoato 50 mcg, polvo inhalado” (fl.13).
- iv)** El 18 de agosto de 2017, la demandante solicitó el reembolso del medicamento no entregado por parte de CAFESALUD E.P.S. (fl.14).
- v)** El 27 de diciembre de 2019, la galena Yeimi Carolina Florian Díaz rindió concepto ante la Superintendencia de Salud, informando que *“se evidencia que hubo negligencia y falta de oportunidad en la entrega del medicamento por parte de la EPS quien conocía la solicitud dado el trámite de autorizaciones que se adjunta en la demanda”* (fl.24).

Sentado lo anterior, es necesario recordar que **CAFESALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Por tanto, considera la Sala que es dable solicitar el reconocimiento de la prestación a través del proceso sumario.

De esta manera, y dado que únicamente fue objeto de impugnación que la demandada se encontraba en proceso de liquidación, y que en consecuencia debía acudir al proceso liquidatorio, sin que tal argumento hubiese salido avante, no queda otro camino diferente a CONFIRMAR la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01562 -01
Demandante: **BLANCA FLOR MORENO DE RODRÍGUEZ.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S.**

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01447 -01
Demandante: **COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S CAFESALUD Y MEDIMÁS E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S.** en contra de **CAFESALUD E.P.S. y MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

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

suma de \$5'333.958 por la licencia de maternidad que gozó su trabajadora, Constanza Yulieth Cipamocha.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe laboró en el colegio del 30 de enero al 30 de noviembre de 2017; **2)** Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe seleccionó como E.P.S. a CAFESALUD E.P.S.; **3)** Durante la ejecución del contrato de trabajo de Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe gozó de licencia de maternidad entre el 13 de julio y el 16 de noviembre de 2017, la que fue certificada por CAFESALUD E.P.S.; y **4)** Pagó la correspondiente licencia; no obstante, al momento de solicitar su reembolso, no logró su reconocimiento por parte de CAFESALUD E.P.S.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 15). Propuso excepciones de mérito las que denominó licencia de maternidad reconocida y liquidada, y la genérica.

Indicó que el colegio demandante no allega los correspondientes comprobantes de pago para tener por acreditado que pagó la licencia de maternidad de Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe; y que está acreditado que se reconoció y liquidó la licencia de maternidad a favor del colegio demandante, no obstante, que su pago no se realizó por encontrarse congeladas las cuentas de este.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01447 -01
Demandante: **COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S CAFESALUD Y MEDIMÁS E.P.S.**

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 15). Propuso excepciones de mérito la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva

Indicó que las prestaciones económicas que se reclaman se causaron en vigencia de CAFESALUD E.P.S.; y que su función de aseguramiento inició el 01 de agosto de 2017.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 16 a 21), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de diciembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad Colegio Dulce Corazón de María.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S pagar a favor de la actora la suma de \$762.000, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S pagar a favor de la actora la suma de \$3'386.667, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que el hecho de que CAFESALUD E.P.S. tenga cuentas embargadas no significa que ésta se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, máxime cuando ya se encuentra liquidada y reconocida, por demás que es obligación del ente asegurador efectuar todas las medidas necesarias para levantar dichos embargos; que los recursos con los que se pagan las licencias de maternidad son administrados por la A.D.R.E.S. no por la E.P.S.; que el valor de la prestación que se causó hasta el 31 de julio de 2017 está en cabeza de E.P.S. CAFESALUD, y a partir del 01 de agosto del mismo año de MEDIMÁS E.P.S., ya que, a partir de ésta última fecha MEDIMÁS E.P.S. se obligó a

asumir las obligaciones que provenían de la E.P.S. CAFESALUD; y que por lo anterior, E.P.S. CAFESALUD debe reconocer la suma de \$762.000, y MEDIMÁS E.P.S., \$3'386.667.

IV. APELACIÓN.

MEDIMÁS E.P.S. (fls. 29 a 36).

Previamente es necesario advertir que frente a esta entidad no se concedió por parte del A Quo el recurso de apelación mediante providencia del 25 de marzo de 2021 (fl.46); no obstante, esta se notificó el 28 de septiembre de 2021 (fl.50), siendo remitido a este tribunal el 30 del mismo mes y año (fl.1 cuaderno del Tribunal), esto es, cuando aún no estaba ejecutoriado el auto que dispuso conceder el recurso de apelación (recuérdese que el término para interponer el recurso de reposición es de dos días, y que de forma subsidiaria a este se debe impetrar el recurso de queja), por lo que, en aras de garantizar el debido proceso y de evitar cualquier nulidad posterior, se dispondrá el conocimiento del recurso formulado por esta entidad.

Dicho lo anterior, encontramos que el impugnante adujo que el valor de la licencia de maternidad fue pagada, por lo que, la E.P.S. ya cumplió la obligación que tenía al respecto, de modo que se está frente a un hecho superado.

CAFESALUD E.P.S. (fls. 39 a 45).

Indicó que se encuentra acreditado el desembolso de parte de E.P.S. MEDIMÁS de la licencia de maternidad, por lo que, se encuentra acreditada la obligación a respecto, de manera que, se está frente a un hecho superado.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01447 -01
Demandante: **COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S CAFESALUD Y MEDIMÁS E.P.S.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado el pago de los valores que por licencia de maternidad pagó el COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S. a la señora Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe.

DEL PAGO DE LAS LICENCIAS DE MATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que la trabajadora esté gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

En igual sentido, una trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas, contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe

ausentarse de su trabajo; a la madre se le deberá pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, según las voces del artículo 236 del C.S.T.

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

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las licencias de maternidad de sus trabajadoras.

Por otra parte, en lo relacionado con la **licencia de maternidad**, la H. Corte Constitucional en las sentencias T-049 de 2011, T- 503 de 2016 y T-529 de 2019, explicó que cuando se niega con el argumento de que no se cumplió con el período mínimo de cotización en el periodo de gestación, la E.P.S. viola el derecho fundamental a la salud, la vida de la mujer y del recién nacido, puesto que tal exigencia no debe tenerse como argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, en tanto que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de **manera total o proporcional**.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01447 -01
Demandante: **COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S.**
Demandado: **E.P.S CAFESALUD Y MEDIMÁS E.P.S.**

De esta manera, la H. Corte Constitucional ha expuesto dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”*. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”*. En la sentencia T-174 de 2008 se aclaró que los dos meses correspondían a 10 semanas.

Finalmente, el numeral 1° del artículo 236 del C.S.T. previo a la modificación de la Ley 1822 de 2017, establecía que el pago por concepto de licencia de maternidad se remunera con el salario que devenga la trabajadora al momento de entrar a disfrutar el descanso, por lo que en tales condiciones no es dable entender que la remuneración y, por ende, la licencia de maternidad, pueda estar por debajo del salario mínimo legal.

DEL CASO EN CONCRETO.

No es objeto de controversia que: i) Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe laboró en el COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S. del 30 de enero al 30 de noviembre de 2017; ii) Durante la ejecución del contrato de trabajo gozó de licencia de maternidad entre el 13 de julio y el 16 de noviembre de 2017; y iii) La licencia fue pagada por el empleador, quien solicitó su reembolso (medio óptico de folio 15).

Ahora bien, manifiestan los impugnantes que ya se efectuó el pago de la licencia de maternidad, para lo que se hace necesario recordar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

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

De esta manera, les correspondía a las demandadas allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico que alegan; no obstante, y tan sólo cuando se elevó la impugnación por aquellas, fue que se puso de presente el pago de las correspondientes incapacidades y de la licencia de maternidad con el respectivo soporte documental. Al punto, es necesario tener en cuenta que el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

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

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

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se

gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

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

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

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

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

En el sub lite, se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de CAFESALUD E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda,

allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 15).

Por otra parte, no desconoce la Sala que el documento en que se fundamenta la impugnación es de fechas posterior a la radicación de la contestación de la demanda, 27 de septiembre de 2018 (medio óptico de folio 15), pues el documento con el que se argumenta el recurso de apelación, esto es, las relaciones de pago por transferencia detallada por proveedor es del **16 de julio de 2019**, (fl. 33); sin embargo, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **09 de diciembre 2020**, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse sentencia primera instancia, no pueden tenerse como hechos sobrevinientes.

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

En gracia de discusión, si se admitiera la posibilidad de valorar el aludido documento, la Sala tendría que concluir que si bien de éste se logra extraer algunos unos pagos por parte de CAFESALUD E.P.S. a favor del COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S., se desconoce por qué concepto se pagaron. En efecto, en el pago relacionado si bien se señala que obedeció a una licencia de maternidad, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho radicado corresponda a la trabajadora Constanza Yulieth Cipamocha Mancipe, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el

cumplimiento de la condenas establecidas en los numerales tercero y cuarto de la sentencia, esto es: “*ORDENAR a CAFESALUD E.P.S pagar a favor de la actora la suma de \$762.000, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia*”, y “*ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S pagar a favor de la actora la suma de \$3'386.667, con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia*”, requiera a las demandadas para que suministren soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de la licencia de maternidad que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01447 -01

Demandante: **COLEGIO DULCE CORAZÓN DE MARÍA S.A.S.**

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

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

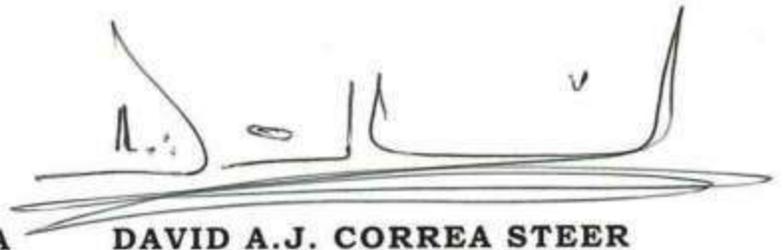
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 30 de octubre 2019 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **DAYANI QUIROGA BERASTEGUI** promoviese en contra de **FAMISANAR E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el pago de \$420.000 por concepto de atención de urgencias.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

1) En febrero de 2017 acudió a su I.P.S. primaria Colsubsidio por un dolor en su brazo izquierdo, pero ante la falta de agenda le ofrecen cita para el 06 de abril de 2017, fecha en la que esa atendida y se le diagnostica una tendinitis de bíceps, y se receta medicación por 10 días; **2)** Le fue otorgada cita para el 31 de mayo de 2017, día en el que fue diagnosticada una tendinitis de tríceps, y se le ordena igual medicación; **3)** El 12 de junio de 2017 fue atendida por Emermédica, en donde le ordenaron una resonancia magnética para brazo y hombro izquierdo; **4)** Solicitó a la demandada agendar terapias pero no hubo agenda; **5)** El 17 de junio de 2017 fue atendida por la fisioterapeuta Marisol Motta, quien ordenó cuatro sesiones de fisioterapia individual, las que otorgaron hasta finales de agosto de 2017; **6)** El 22 de junio de 2017 estuvo en cita con la Dra. Diana Catalina Vergara Cárdenas, quien no autorizó la resonancia magnética, y la remitió a Fisiatría; **7)** El 27 de junio de 2017 se realizó la resonancia magnética con IDIME, la que tuvo como resultado una bursitis leve subacromio- subdeltoidea en el hombro; y **8)** El 06 de julio solicitó el reembolso por la resonancia magnética, la que no ha sido reconocida a la fecha.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 45) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, no procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley.

Indicó que a la demandante se le han emitido las correspondientes autorizaciones de acuerdo con la patología que padece; que en ningún momento negó los servicios que la accionante requería; y que no se está frente a incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada, pues la E.P.S. emitió la correspondiente orden para que se le efectuara a la actora su resonancia magnética, no obstante, fue ésta quien decidió acudir a un centro médico para practicárselo fuera de la red de servicios.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de octubre de 2019, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 33 a 37):

PRIMERO: ACCEDER a la pretensión demandada por la actora en contra de FAMISANAR E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S., reembolsar a favor de la actora, la suma de \$420.000, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que ante el cuadro de dolor persistente y en aumento que presentaba la accionante, a ésta le fue ordenado que se practicara una resonancia magnética nuclear de hombro y brazo izquierdo el 12 de junio de 2017; que dicha orden fue remitida a la E.P.S. el 23 de junio de 2017 previa consulta con Fisiatría sin haber logrado su autorización; y que los galenos de la E.P.S. Famisanar no auscultaron a fondo el cuadro clínico que presentaba la accionante, quien ante la necesidad de sosegar el dolor tuvo que costear con sus propios recursos los exámenes que necesitaba para lograr un diagnóstico más acertado.

Demandante: **DAYANI QUIROGA BERASTEGUI.**

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

Agregó que el derecho a la salud es fundamental, y en este está inmerso el derecho al diagnóstico, por demás que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de accesibilidad, oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad.

IV. APELACIÓN

FAMISANAR E.P.S. (fl.44).

Adujo que no negó los servicios de salud que reclama la usuaria, puesto que garantizó y autorizó sin dilación alguna todos los servicios médicos que fueron requeridos por los médicos tratantes; que la demandante no siguió las rutas establecidas por la E.P.S. en las citas programadas a su favor; que la actora no gestionó las correspondientes autorizaciones ante la E.P.S., y decidió por su cuenta tomar los servicios de manera particular; y que sólo es dable acceder a un reembolso de una urgencia tomada ante una I.P.S. que no tenga contrato con la E.P.S. cuando haya sido autorizado expresamente por ésta o exista imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de los servicios médicos prestados a favor de la actora por parte del Instituto de Diagnóstico Médico IDIME.

REEMBOLSO RESONANCIA MAGNÉTICA ASUMIDA POR LA DEMANDANTE.

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

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

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

Así mismo, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho

Demandante: **DAYANI QUIROGA BERASTEGUI.**

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

a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** Al respecto, el artículo 2° de la citada normatividad, establece:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

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

“A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *“todos los afiliados*

Demandante: **DAYANI QUIROGA BERASTEGUI.**

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

al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)". Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *"cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *"deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología"*.

En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho".

Por lo anterior, es claro que la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de

medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, **exámenes para el diagnóstico y el seguimiento**, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

En cuanto al **derecho al diagnóstico** la H. Corte Constitucional en sentencia T-274 de 2009 reiterada en la T-508 de 2019 explicó:

“El derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine con el “(...) máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al ‘más alto nivel posible de salud’”, y (iii) se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna”.

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008, establece que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que **el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante**, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia

constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se *“requiere”*, pero no así cuando el servicio es *“útil”* y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) El 06 de abril de 2017, Dayani Quiroga Berastegui fue atendida por Colsubsidio, se diagnosticó que ésta padecía de una tendinitis de bíceps, por lo que, le ordenó como tratamiento que se debía tomar los siguientes medicamentos: acetaminofén, metocarbamol, y podofilina solución tópica (fl.13).
- ii) El 31 de mayo de 2017, la actora nuevamente fue atendida por Colsubsidio, quien diagnosticó una tendinitis de tríceps, así como ordenó como tratamiento, 10 sesiones de terapia física, y que debía tomar los siguientes medicamentos: acetaminofén, metocarbamol, y levonorgestrel (fls. 13 y 14).
- iii) El 12 de junio de 2017, Emermédica S.A. hizo una valoración general de la accionante, estableciendo que ésta necesitaba una resonancia magnética nuclear de

- hombro y brazo izquierdo para determinar la causa de lo que la aquejaba (fls. 7 a 9).
- iv) El 17 de junio de 2017, la demandante acudió a Colsubsidio a valoración por fisioterapia, señalándose que tendría sus primeras sesiones de terapia del 29 al 31 de agosto del mismo año (fls.15 y 23).
 - v) El 22 de junio de 2017, a la actora le fue asignada cita por Medicina Física y Rehabilitación- Fisiatría para el 07 de julio de 2017 (fl.16).
 - vi) El 23 de junio de 2017, la demandante solicitó autorización de resonancia magnética hombro y brazo izquierdo, la que fue negada el 30 de junio de 2017 (fls. 17 y 18).
 - vii) El 27 de junio de 2017, la accionante se practicó resonancia magnética nuclear de hombro y brazo izquierdo en el Instituto de Diagnóstico Médico IDIME, el que tuvo como resultado que presentaba una bursitis leve subacromio- subdeltoidea en el hombro, y que los grupos musculares y estructuras óseas se reconocen sin alteraciones (fls.10 a 12).
 - viii) El 06 de julio de 2017, la actora solicitó el reembolso que tuvo que incurrir por la práctica de la resonancia magnética nuclear de hombro y brazo izquierdo, el que fue negado el 10 de julio de 2017 por cuanto no se realizó validación en el sistema de autorizaciones de dicho examen y dado que fue la actora la que de manera particular accedió a tales servicios (fls.19 a 21).
 - ix) El 07 de julio de 2017 se ordenó infiltración punto fatillo deltoides bursa subacromial izquierda (fl.16).
 - x) El 13 de julio de 2017, la demandante solicitó que se reevaluara la decisión de Famisanar E.P.S. de negar el reembolso, a la que no se accedió el 17 de julio de 2017 por parte de la entidad demandada (fls. 22 y 24)
 - xi) El 07 de octubre de 2019, se rindió informe técnico por parte de la galena Claudia Fajardo Ángel, quien

consideró que se debe acceder al reconocimiento económico ante el cuadro de dolor que presentaba la actora, y dado que esta ayudó a la continuación de un tratamiento efectivo (fl.32).

Pues bien. Del acervo probatorio documental narrado en precedencia, es claro que la accionante asumió el pago de una resonancia nuclear magnética de hombro y brazo izquierdo, lo que efectuó por orden del médico de Emermédica S.A., pese a que el tratamiento señalado por la E.P.S. Famisanar era a través de medicación y terapias físicas.

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como la sentencia T-760 de 2008, estableció que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la

jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se "*requiere*", pero no así cuando el servicio es "*útil*" y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

De esta manera, es claro que el proceder del médico de Emermédica S.A. fue el de determinar que la accionante requería una resonancia nuclear magnética de hombro y brazo izquierdo, estudio que arrojó como resultado una patología que hasta la fecha no había sido observada por la E.P.S. Famisanar, esto es, una bursitis leve subacromio- subdeltoidea en el hombro, y grupos musculares y estructuras óseas sin alteraciones, diagnóstico que permitió que posteriormente la E.P.S. determinara que la actora debía ser objeto de una infiltración de punto gatillo.

Por tanto, el actuar de la demandante únicamente tuvo como fin lograr un **diagnóstico acertado**, derecho que le asistía, y que permite preservar su salud y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de la sintomatología que presentaba; tratamiento que debió recibir por parte de la E.P.S. no sólo de forma integral, sino que también se debió brindar sin ningún tipo de obstáculos (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013); no obstante, y pese a la persistencia del dolor, no le fue autorizada la resonancia aludida e, inclusive, las terapias que le fueron ordenadas únicamente fueron agendadas hasta 2 meses y 17 días después de ser solicitadas (17 de junio de 2017), esto es, el 29 de agosto de 2017.

Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que según informe técnico del 07 de octubre de 2019, rendido por la galena Claudia Fajardo Ángel, se debía acceder a tal

reconocimiento económico ante el cuadro de dolor que presentaba la actora, y dado que el examen practicado a favor de la demandante le ayudó a la continuación de un tratamiento efectivo. Al respecto, dijo:

“1. Se identifica que la patología no corresponde a una Urgencia, sin embargo ante el **cuadro de dolor persistente y en aumento**, que no cedió al manejo médico instaurado por medicina general de la E.P.S. durante los meses de febrero a mayo de 2017, la usuaria motu proprio realizó particularmente la resonancia nuclear magnética de hombro y brazo izquierdo, **necesaria para la aclaración de la etiología del mismo con el fin de iniciar el tratamiento efectivo que de solución a su patología, imágenes que efectivamente fueron utilizadas por Medicina Física y re Rehabilitación de la E.P.S., quien ordenó infiltración de punto gatillo** la cual fue autorizada por E.P.S. Famisanar.

2. De acuerdo a los soportes allegados y lo referido por la usuaria, se identifica que a pesar de que las autorizaciones fueron expedidas por Famisanar E.P.S. **no hubo resolutivez en el manejo del cuadro clínico de la usuaria y, la asignación de las citas de fisioterapia no fue oportuna ante la persistencia del dolor”.**

De esta manera, la Sala no comparte el criterio del impugnante, pues ante el padecimiento y el dolor que tenía la actora era necesario que se le brindara un adecuado servicio de salud, y en tales condiciones, que la E.P.S. asumiera su obligación de aseguramiento para salvaguardar la vida y salud de la demandante. Aunado a ello, no considera la Sala que el actuar de la actora fuese caprichoso, pues por el contrario el accionante actuó de conformidad con lo que le fue ordenado por su médico de Emermédica S.A.

Por las razones brevemente expuestas y en un análisis integral de las pruebas allegadas a juicio la sala comparte las consideraciones que llevaron al A Quo a acceder a las pretensiones pues la prueba arrimada logra determinar que la accionada no tomó las medidas necesarias para salvaguardar la salud de la accionante ante la sintomatología que presentaba.

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

Demandante: **DAYANI QUIROGA BERASTEGUI.**

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

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. - - Sin costas en esta instancia.

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

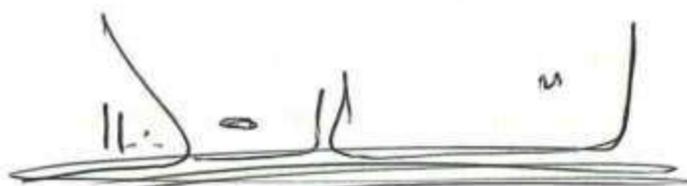
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01552 -01
Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 09 de julio de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **MARÍA MIREYA AMADO** promoviese en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reembolso de la suma de \$735.000 por concepto de Resonancia

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y un Encefalograma Computarizado.

2. HECHOS.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta: **1)** El 15 de junio de 2017 presentó un quebranto de salud, por lo que, tuvo que recurrir a urgencias de la E.P.S. CAFESALUD; **2)** Los médicos tratantes ordenaron una Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida un Encefalograma Computarizado; no obstante, la E.P.S. nunca proporcionó tales servicios porque frente a la resonancia no había agenda y, en lo que respecta al encefalograma, manifestó que no realizaban ese examen diagnóstico; **3)** Por lo anterior, asumió el costo de sus exámenes con su propio patrimonio, por demás que CAFESALUD E.P.S. le informó que podía recobrar tal valor; **4)** El 11 de julio de 2017 solicitó el reembolso, no obstante, y ante la falta de respuesta tuvo que presentar acción de tutela para lograr una respuesta **5)** El 06 de octubre de 2017 el Juzgado 60 Civil Municipal de Bogotá ordenó que se diera respuesta a su derecho de petición; **6)** El 30 de octubre de 2017 impetró incidente de desacato; y **7)** El 12 de marzo de 2018 radicó ante el Juzgado 60 Civil Municipal nuevo escrito solicitando que la E.P.S. nunca cumplió con las órdenes que le fueron impuestas.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 82) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, reembolso aprobado parcialmente tarifa SOAT, ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, los recursos de la salud tienen una destinación específica, y la genérica.

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

Indicó que la Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y el Encefalograma Computarizado fueron aprobados, pero en un valor de \$115.228; que el pago se realizará una vez Banco de Bogotá descongele su cuenta maestra; que fue el usuario quien a motu proprio no hizo uso de los servicios ofrecidos por la E.P.S. y acudió por su propia cuenta a instituciones particulares, sin que se encuentre demostrada su incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de su parte; y que no se encuentra facultada para destinar recursos de salud para fines diferentes a la atención de sus usuarios.

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 82) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que el reconocimiento económico se causó con anterioridad al 01 de agosto de 2017, por lo que, CAFESALUD E.P.S. es la única responsable de su pago.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de julio de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 56 a 63):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión formulada por la actora en contra de CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN.

TERCERO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a favor de la actora, la suma de \$735.000, conforme las reglas establecidas en el Decreto 663 de 1999 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y Decreto 2555 de 2010.

CUARTO: ABSOLVER a MEDIMÁS E.P.S. de las pretensiones de la demanda.

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

En síntesis, refirió que la Corte Constitucional ha establecido que el servicio de salud se debe prestar, teniendo en cuenta los principios que la regulan, oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que las condiciones de salud de las personas de la tercera edad comprometen cada vez más sus condiciones de vida digna, e incluso ponen en peligro su propia existencia, de modo que resulta evidente que esa persona tiene todo el derecho de reclamar su protección oportuna y eficaz de su derecho de salud; y que hay lugar a prestaciones económicas a cargo de la E.P.S, cuando existe incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de parte de la E.P.S.

Expuso que hubo tardanza en agendarle cita para la realización de los exámenes diagnósticos de la demandante; que lo anterior, vulnera el principio de oportunidad que rige el servicio de salud; que se agrava el actuar de CAFESALUD E.P.S. si se tiene en cuenta que se está frente a una persona mayor; que no es dable acceder a pago de los exámenes con tarifas SOAT, pues esto sería tanto como aceptar que la E.P.S. se puede beneficiar de su propia culpa; y que los hechos de la demanda ocurrieron antes de junio de 2017, por lo que, le corresponde a CAFESALUD E.P.S. el pago de los gastos asumidos por la actora.

IV. APELACIÓN

CAFESALUD E.P.S. (fls.72 y 73).

Adujo que los costos de los servicios ordenados deben ser reconocidos con tarifas SOAT; y que mediante Resolución 007172 de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD E.P.S., por lo que, todas las personas naturales o jurídicas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones, debieron radicar sus créditos dentro del proceso liquidatorio.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reconocimiento de los gastos en que incurrió la accionante por concepto de Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y Encefalograma Computarizado con base en tarifas SOAT; y si la Superintendencia de Sociedades carecía de competencia para ordenar el reconocimiento prestacional aludido.

REEMBOLSO RESONANCIA MAGNÉTICA Y ENCEFALOGRAMA ASUMIDA POR LA DEMANDANTE.

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

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

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

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

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

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

integral, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

“A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *“todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)*”. Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *“cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del*

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”.

En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho”.

Por lo anterior, es claro que la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, **exámenes para el diagnóstico y el seguimiento**, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

En cuanto al **derecho al diagnóstico** la H. Corte Constitucional en sentencia T-274 de 2009 reiterada en la T-508 de 2019 explicó:

“El derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine con el “(...) máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

derecho al 'más alto nivel posible de salud', y (iii) se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna".

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008, establece que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que **el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante**, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

"En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto".

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se "*requiere*", pero no así cuando el servicio es "*útil*" y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

Así mismo, encontramos que el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 establece que **el reconocimiento económico que**

se efectuó se deberán realizar teniendo en cuenta las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público, esto es, las que se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas S.O.A.T.:

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

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

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

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

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

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

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

“(...) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”.

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

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

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

“Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico,

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

vital y psicológico [que] así lo determinen". Por su parte, la calidad de "persona de la tercera edad" solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor.

(...) Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitido por el DANE"

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

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

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

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

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

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

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

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

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el conocimiento de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

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

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

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

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) El 15 de junio de 2017, María Mireya Amado, de 66 años, ingresó por urgencias a la Clínica ESIMED Jorge Piñeros Corpas, por cuanto presentaba Herpes Zoster y padecía de un Síndrome Convulsivo- epilepsia, motivo por el que le fue ordenado por parte del médico

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**

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

tratante una Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y un Encefalograma Computarizado (fls. 10 a 19).

- ii) El 16 y 20 de junio de 2017 se aprobaron los exámenes diagnósticos de la accionante (fls. 20 y 21).
- iii) El 27 y 30 de junio de 2017, la accionante se practicó la resonancia y el encefalograma, respectivamente, en instituciones particulares (fls. 22 y 23).
- iv) El 11 de julio de 2017, la accionante solicitó el reembolso de los gastos en que incurrió por concepto de Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y Encefalograma Computarizado (fls. 7 a 9).
- v) El 06 de octubre de 2017, el Juzgado 60 Civil Municipal de Bogotá ordenó que MEDIMÁS E.P.S. respondiera la petición del 11 de julio de 2017 (fls. 24 a 25).
- vi) El 31 de octubre de 2017, se inició trámite de incidente de desacato ante el incumplimiento de MEDIMÁS E.P.S. de la orden proferida por el Juzgado 60 Civil Municipal de Bogotá (fls. 26 a 36).
- vii) El 16 de noviembre de 2018, CAFESALUD E.P.S. informó que se aprobó el pago del reembolso pero que lo sería conforme a las tarifas vigentes que tenga establecido el Ministerio de Salud para el sector público, esto es, por \$115.228 (medio óptico de folio 82).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.**, aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de los exámenes diagnósticos objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario, este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado

o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Aclarado lo anterior, del acervo probatorio documental narrado en precedencia, es claro que la accionante asumió el pago de Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y un Encefalograma Computarizado, lo que efectuó por orden del médico de Clínica ESIMED Jorge Piñeros Corpas, pero que tuvo que tomarlo de manera particular ante la falta de respuesta de la E.P.S., y respecto de la que el apoderado de la CAFESALUD E.P.S. manifiesta que su inconformidad únicamente está referida al valor que se debe reconocer, pues a su juicio es necesario aplicar las tarifas SOAT.

Al respecto, ciertamente el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 establece que los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público, esto es, las que se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas S.O.A.T., o Decreto 2423 de 1996.

Dicho lo anterior, se remite la Sala al correspondiente manual con las respectivas actualizaciones al año 2017, sin que logre establecerse con certeza, que los exámenes diagnósticos asumidos por la accionante, Resonancia Magnética de Cerebro Medio de Contraste Gadopentetato Dimeglumida y Encefalograma Computarizado, se encuentran incluidos en el listado allí establecido. Asimismo, tampoco existe material probatorio en el proceso que permita concluir que dentro del Manual Tarifario existen procedimientos e insumos análogos que puedan ser considerados por la Sala para efectos de calcular el valor del reembolso reclamado; dicho manual establece:

Demandante: **MARÍA MIREYA AMADO.**Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.****3. RESONANCIA MAGNÉTICA**

31301	Articulaciones: pie y cuello del pie, rodilla, cadera, codo, hombro, temporo mandibular	34,4	845.900
31302	Comparativas de las articulaciones anteriores Cráneo (base de Cráneo, órbitas, cerebro, silla turca), columna, cervical, columna torácica, columna lumbosacra, tórax (corazón, grandes vasos, mediastino y pulmones),	68,77	1.691.100
31303	abdomen y pelvis, sistema músculo esquelético Examen de control en las regiones anteriores, por la misma causa que originó el examen	85,97	2.114.100
31304	inicial y en un lapso no mayor a seis (6) meses	80,24	1.973.100
31305	Segmento adicional de columna vertebral	74,51	1.832.200
31306	Angiografía por resonancia magnética	68,77	1.691.100
31307	Examen para magnético (Gadolinio DTPA); al valor del examen, agregar:	32,54	800.200

ARTÍCULO 28: Los exámenes y procedimientos de Neurología tendrán en Salarios Mínimos Legales Diarios Vigentes las siguientes tarifas:

26101	Electroencefalograma	2,43	59.800
26102	Electroencefalograma con electrodos nasofaríngeos	2,93	72.100
26103	Potenciales evocados (visual, auditivo o somato-somato sensorial)	5,76	141.600
26104	Punción lumbar	1,83	45.000
26105	Bloqueo nervio periférico	3,62	89.000
26106	Bloqueo nervio simpático	3,62	89.000
26107	Bloqueo seno carotideo	3,62	89.000
26108	Bloqueo nervio vago	3,62	89.000
26109	Bloqueo regional continuo; incluye controles	1,81	44.500
26110	Bloqueo plejo braquial	3,62	89.000

Así las cosas, se considera que el reconocimiento prestacional requerido por la demandante se debe pagar conforme a valor de las facturas allegadas a folios 20 a 23, y en las que se da cuenta que el valor de los exámenes referidos ascendía a un total de \$735.000, mismo valor anunciado por el A Quo.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. - - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01600 -01
Demandante: **ROCÍO ISABEL MARÍN CÁRDENAS.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER,** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (magistrada ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de **FAMISANAR E.P.S.** en contra de la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **ROCÍO ISABEL MARÍN CÁRDENAS** promoviese en contra de **FAMISANAR E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende el reembolso de la suma de \$4'656.000 por concepto de cirugía de

ojo izquierdo; \$160.000 por consulta de ojo izquierdo (sic); y \$80.000 por consulta primera vez con anestesiología.

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

- 1)** Se vinculó a E.P.S. FAMISANAR el 05 de febrero de 1999;
- 2)** El 26 de marzo de 2018 se dirigió al Centro Oftalmológico Virgilio Galviz (sic) por una molestia en el ojo izquierdo, en donde le fue diagnosticado un desprendimiento de retina regmatogeno con compromiso macular en ojo izquierdo, siendo programada manera prioritaria una cirugía;
- 3)** El 27 de marzo de 2018 acudió a FAMISANAR E.P.S. para que le programaran la cirugía, pero no había sistema;
- 4)** El 28 de marzo de 2018 retornó a FAMISANAR E.P.S., para que le autorizaran su cita, donde le informan que sólo le pueden prestar el servicio en la Clínica Chicamocha, donde fue atendida de urgencias y fue remitida de urgencias a la Fundación Oftalmológica de Santander, no obstante, no fue atendida por considerarse una urgencia no crítica;
- 5)** El 30 de marzo de 2018 en la ciudad de Bogotá buscó atención en diferentes instituciones de salud, Clínica Colsubsidio, Clínica El Bosque, Clínica Infantil Cardiovascular, Hospital San José, y Hospital San Ignacio, en los que no logró ser atendida;
- 6)** El 31 de marzo de 2018 fue atendida en el Hospital San Ignacio, en donde ratifican el diagnóstico del Centro Oftalmológico Virgilio Galviz (sic), empero, que no era posible la hospitalización por no estar el médico especialista, Retinólogo;
- 7)** El 02 de abril de 2018 acudió a FAMISANAR E.P.S. para obtener la autorización de la orden del Hospital San Ignacio, para lo cual se proporcionó cita con Retinólogo para el 04 de abril de 2018;
- 8)** El 05 de abril de 2018 se tomó exámenes en la Clínica Colsubsidio, empero, el sistema la tenía suspendida, de modo que al día siguiente se tomó los exámenes requeridos para su operación; no obstante, al dirigirse al Laser Center con dichos exámenes, le fue informado que las citas más cercanas para programación de cirugía era dentro de 20 días hábiles, a pesar del inminente riesgo de perder

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01600 -01
Demandante: **ROCÍO ISABEL MARÍN CÁRDENAS.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

la vista; **9)** El 12 de abril de 2018 interpuso acción de tutela, en la que se tomó como medida provisional fijar fecha para el procedimiento dentro de las 48 horas siguientes; **10)** El 17 de abril de 2018 presentó queja ante la Superintendencia de Salud; **11)** El 24 de abril de 2018, el Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá profirió fallo definitivo y a favor de FAMINANAR E.P.S., protegiendo su derecho a la salud y los demás amparados dentro de la acción de tutela; **12)** FAMISANAR E.P.S. no dio cumplimiento a la orden de tutela, por lo que inició incidente de desacato el 02 de mayo de 2018; **13)** El 08 de mayo de 2018 tomó cita con la Fundación Oftalmológica Nacional con Retinólogo, quien ordenó cirugía de forma urgente; **14)** El 17 de mayo de 2018 se le realizó la cirugía; **15)** El 25 de mayo de 2018 se informó por parte de FAMISANAR E.P.S. de su procedimiento quirúrgico pero para el 30 de mayo de 2018; y **16)** El 01 de junio de 2018 solicitó su reembolso.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 112) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, no procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley.

Indicó que los requerimientos solicitados por la accionante fueron atendidos y respondidos en tiempo por parte de la E.P.S.; y que no se encuentra demostrado que la E.P.S. hubiera estuviera incapacitada, imposibilitada, negativa injustificada o negligencia demostrada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 25 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 114 a 129):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a las pretensiones formuladas por la actora en contra de FAMISANAR E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. a reconocer y pagar a favor de la actora, la suma de \$4'896.000, en el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: COMPULSAR copias de esta decisión judicial y del expediente a la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional de la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las investigaciones pertinentes.

En síntesis, refirió que el derecho a la salud es fundamental; que la prestación del servicio a la salud se guía por principios tales como, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que está acreditado que la demandante a través de varios canales dio a conocer a la E.P.S. las fallas en la oportunidad de autorización de la cirugía que requería sin que esta hubiera adelantado de manera eficaz y oportuna la realización de la misma; que conforme a concepto rendido por el Dr. Luis Alfredo Ruiz Devia, la condición clínica de la actora era una urgencia oftalmológica que de no ser tratada inmediatamente podría generar un deterioro significativo o pérdida irreversible de la visión; que por lo anterior, se observa una inoportunidad en la atención de la accionante y no se entiende cómo la entidad aseguradora tardó o dilató injustificadamente la programación y práctica del procedimiento quirúrgico; que la solicitud de la demandante no puede ser entendida como un término prescriptivo de la obligación, es sólo el término del trámite administrativo; y que los gastos demostrados ascienden a la suma de \$4'896.000.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01600 -01
Demandante: **ROCÍO ISABEL MARÍN CÁRDENAS.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

IV. APELACIÓN

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 112).

Adujo que la accionante contaba con 15 días hábiles para efectuar la reclamación del reembolso conforme al artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994; que en cumplimiento de la medida provisional decretada y del fallo de tutela, la accionante fue atendida por Retinología el 04 de abril de 2018, siendo programada la valoración pre-anestésica para el 14 de abril de 2018, informándose el 29 de mayo de 2018 que se realizaría la cirugía; que no se evidencia formato de negación de servicios; y que por parte de la E.P.S. no existió incapacidad, imposibilidad negativa injustificada, o negligencia demostrada.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de los servicios médicos oftalmológicos que se prestaron a favor de la accionante, ante el presunto incumplimiento en la prestación de tales servicios por parte de la E.P.S.

**REEMBOLSO DE SERVICIOS MÉDICOS
OFTALOMOLÓGICOS ASUMIDO POR LA DEMANDANTE.**

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

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

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

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

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende **el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

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

“A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *“todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)*”. Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación

Demandante: **ROCÍO ISABEL MARÍN CÁRDENAS.**

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

del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *“cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*.

En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho”.

Por lo anterior, es claro que la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

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

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

Así mismo, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, reza:

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

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

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

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

En relación con los términos del citado artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, la H. Corte Constitucional en sentencias como la T-594 de 2007 y T-650 de 2011, ha

establecido que la **vulneración de los derechos de un afiliado se torna más gravosa, cuando la entidad niega el reconocimiento del pago de los urgencias asumidas por el afiliado, con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, como es la extemporaneidad de la reclamación, esto es, vencido el término establecido en el artículo 14 de la resolución 5261 de 1994**, según la cual *“... la solicitud de reembolso deberá hacerse dentro de los quince (15) días siguientes al alta del paciente...”*; circunstancias que a juicio de máximo tribunal constitucional no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación. En sentencia T-594 de 2007 señaló:

“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.

Pero adicionalmente, para esta Sala es claro que la exigencia de este requisito por parte de la entidad accionada, dadas las circunstancias particulares del accionante, requería ser atemperada a la luz de los mandatos constitucionales, en particular, del deber de solidaridad establecido en la Carta Política. En efecto, la importancia de la función que tienen a su cargo las entidades prestadoras de servicios de salud, implica que la aplicación de requisitos como el señalado no pueda corresponder a un mero ejercicio automático de adecuación, que no consulte las circunstancias especiales que pueda revestir cada caso concreto. La anterior consideración adquiere una importancia mayor en aquellos eventos en los cuales la única razón para negar el reconocimiento de la prestación solicitada, es precisamente el incumplimiento de un presupuesto formal, como lo es el del término para elevar la solicitud de reembolso correspondiente ante la entidad”.

De igual manera, en sentencias T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un

criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a los adultos mayores**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento.

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

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

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

“(...) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Demandante: **ROCÍO ISABEL MARÍN CÁRDENAS.**

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

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

"(...) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo".

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora".

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

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

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quien

supera la edad de 60 años, mientras que el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años. Sobre el tópico en sentencia T-013 de 2020 establece:

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

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

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i)** Rocío Isabel Marín Cárdenas nació el 16 de noviembre de 1957 (fl.35).
- ii)** El 26 de marzo de 2018, la demandante fue valorada por el Centro Oftalmológico Virgilio Galvis, en donde se señaló que podía perder la vista y que necesitaba de forma urgente una cirugía (fls. 94 a 100).
- iii)** El 28 de marzo de 2018, la Clínica Chicamocha S.A. informó que la actora presentaba un desprendimiento de retina y que por tal situación estaba en riesgo que pudiera perder la visión de su ojo izquierdo, por lo que requería cirugía de forma urgente (fls.84 a 93); diagnóstico que también fue dado por la Fundación Oftalmológica de Santander el mismo día (fls. 101 y 102).

- iv)** El 31 de marzo de 2018, el Hospital San Ignacio en atención de urgencias a la actora se le informó que presentaba un desprendimiento de retina y que, en consecuencia, necesitaba cirugía prioritaria (fls. 82 y 83).
- v)** El 10 de abril de 2018, FAMISANAR E.P.S. informó a la accionante que no se encontraba hospitalizada, en proceso de remisión, que no tenía autorizaciones pendientes por gestionar, y que se han emitido las autorizaciones derivadas por consulta de urgencia en cada una de las IPS donde ha consultado (fl.49).
- vi)** El 12 de abril de 2018 la actora solicitó autorización de cirugía por desprendimiento de retina en su ojo izquierdo (fls. 78 a 81).
- vii)** El 17 de abril de 2018, FAMISANAR E.P.S. informó a la actora que estaba en proceso para cirugía (fl.48); mismo día en que la demandante presentó queja ante la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 51 a 54).
- viii)** El 26 de abril de 2018, el Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá en sentencia de tutela ordenó a FAMISANAR E.P.S. programarle a la actora cirugía de retina dentro de las 48 horas siguientes (fls. 60 a 71).
- ix)** El 03 de mayo de 2018, la accionante inició incidente de desacato ante el incumplimiento de FAMISANAR E.P.S. de programarle su cirugía de retina (fls. 73 a 77).
- x)** El 04 de mayo de 2018, se le informó a la actora por parte de FAMISANAR E.P.S. que frente al procedimiento quirúrgico que requiere se le informaría hora y fecha una vez la documentación esté en orden (fl.45).
- xi)** El 08 de mayo de 2018, la actora acudió a la Fundación Oftalmológica Nacional en donde se diagnosticó que presentaba un desprendimiento de retina, de modo que se solicitó de manera urgente orden de cirugía y pre quirúrgicos (fls. 7 y 8).

- xii)** El 10 de mayo de 2018 la actora acudió a la Fundación Oftalmológica Nacional, para la realizaron de exámenes paraclínicos pre quirúrgicos (fls. 9 y 10).
- xiii)** El 17 de mayo de 2018, en la Fundación Oftalmológica Nacional a la accionante le realizaron su cirugía, efectuándose sus primeros controles el 18, 21, y 25 de mayo de 2018, y siendo incapacitada hasta el 15 de junio del mismo año (fls. 13 a 23, y 37 a 39).
- xiv)** El 06 de junio de 2018 FAMISANAR E.P.S. respondió la solicitud de reembolso de la actora de forma negativa, por cuanto sí autorizó el procedimiento requerido y lo direccionó a la Fundación Oftalmológica Nacional (fls. 43 y 44).
- xv)** El 21 de julio de 2020, el galeno Luis Alfredo Ruiz Devia rindió concepto de la situación de la actora informando que la E.P.S. desconoció la condición de urgencia de la demandante, pues negligentemente no informó las instituciones a las que debía asistir, de manera que, la desinformación es tal que asistió a múltiples instituciones de alto nivel donde no es atendida; y que los servicios no fueron gestionados por parte de su E.P.S., pese a conocer la condición de urgencia que presentaba (fl.113).

Pues bien. Del análisis integral de los documentos allegados, es dable establecer que la accionante acudió el 26 de marzo de 2018 al Centro Oftalmológico Virgilio Galvis, ya que presentaba un desprendimiento de retina, en donde le fue informado que necesitaba una intervención quirúrgica urgente ante la posible pérdida de visión total o parcial de su ojo izquierdo; misma situación que reiteró la Clínica Chicamocha, el Hospital San Ignacio, y a la que inclusive accedió el 26 de abril de 2018, el Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá en sentencia de tutela, en la que se ordenó a FAMISANAR E.P.S. programarle a la actora cirugía de retina dentro de las 48 horas siguientes.

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo la sentencia T-760 de 2008, estableció que el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se *“requiere”*, pero no así cuando el servicio es *“útil”* y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

De esta manera, es claro que el proceder del médico tratante fue el de establecer que la accionante requería de una intervención quirúrgica prioritaria, determinación que

claramente buscaba preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de los signos y síntomas que presentaba la demandante en relación con el órgano de la vista; apreciación que es conteste con el concepto médico rendido por Luis Alfredo Ruiz Devia, quién informó que la E.P.S. desconoció la condición de urgencia de la demandante, pues negligentemente no informó las instituciones a las que podía asistir, de manera que, la desinformación fue tal que asistió a múltiples instituciones de alto nivel donde no fue atendida; y que los servicios no fueron gestionados por parte de su E.P.S., pese a conocer la condición de urgencia que presentaba la accionante.

Igualmente, considera la Sala que la decisión de la accionante no fue caprichosa, pues por el contrario y ante una emergencia médica visual y el riesgo de perder la vista, lo prudente era que la E.P.S. realizara todos los trámites y procedimientos necesarios para lograr en forma oportuna la protección del derecho fundamental a la salud de la accionante; no obstante, y pese a existir un diagnóstico desde el 26 de marzo de 2018, no efectuó ninguna acción dirigida efectiva o eficaz para lograr la recuperación de la salud de la demandante.

Así las cosas, no puede considerarse que la situación de salud de la accionante fue asumida por parte de la E.P.S. con la seguridad que precisa la problemática que se presentaba, ya que del recuento jurisprudencial relatado, es claro que el tratamiento no sólo debía efectuarse de forma integral sino también que debía brindarse oportunamente y sin ningún tipo de obstáculos de índole administrativo, pues la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar ni imponer su carga y solución al afiliado, cuando la entidad es la que tiene el deber de aseguramiento (al

respecto pueden consultarse las sentencias T- 745 de 2009, T-437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que si bien FAMISANAR E.P.S. emitió las autorizaciones obrantes en el medio óptico de folio 112, en donde se puede verificar que para el 11 de mayo de 2018 existía preaprobados de la cirugía vitrectomía posterior con retinopexia, no es dable determinar la institución que la realizaría, así como tampoco la fecha de tal procedimiento, por demás que al estar la demandante frente a una emergencia médica, era necesario que recibiera de manera efectiva y material todos los tratamientos relacionados para superar tal circunstancia, de manera rápida y ágil, lo que en el caso no aconteció, por lo que, en tal entender, no bastaba con que el tratamiento estuviera pre aprobado sino que era imprescindible para proteger la salud y vida de la accionante, que ésta recibiera el respectivo tratamiento de forma pronta, pues su situación era de carácter prioritario; de manera que, al no lograrse que la atención que requería la demandante fuera realmente efectiva conforme a la sintomatología que presentaba, no es dable predicar que el actuar de la E.P.S. fue oportuno y diligente.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que se estaba frente a un adulto mayor (al momento de la prestación del servicio de salud tenía 60 años), caso en el que la protección de su salud es reforzada, por lo que, era obligación de la E.P.S. efectuar todas las medidas necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante, brindándole todas las atenciones que requiriera para lograr la estabilización de su salud.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO. - **2.** - Sin costas en esta instancia.

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

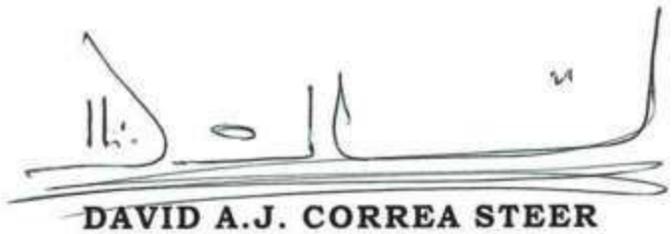
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01633 -01
Demandante: **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de SALUD TOTAL E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA** en contra de **FAMISANAR E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende el pago de las **incapacidades** por la enfermedad de origen común que padece.

Demandante: **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA.**

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

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Padece de una enfermedad denominada Gonartrosis no especificada y cefalea desde el 01 de septiembre de 2015; **2)** E.P.S. FAMISANAR reconoció sus incapacidades hasta el 27 de febrero de 2016; y **3)** No cuenta con ninguna ayuda.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 40) se opuso a las pretensiones de la demanda. No propuso excepciones de mérito.

Indicó que las incapacidades debían ser asumidas a partir del día 181 por parte del fondo de pensiones; y que se remitió el 04 de abril de 2016 concepto de rehabilitación, lo que fue notificado al fondo de pensiones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 33 a 36):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a las pretensiones formuladas por el actor en contra de FAMISANAR E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. a pagar la suma de \$1'723.635, en favor del actor, con las correspondientes actualizaciones monetarias dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que las incapacidades de origen común que sobrepasen los 180 días están a cargo del fondo de pensiones, excepto cuando la E.P.S. incumple con su obligación de emitir

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01633 -01
Demandante: **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

concepto de rehabilitación, caso en el que debe asumir dicho pago hasta tanto sea emitido el concepto; que el concepto de rehabilitación no fue notificado al fondo de pensiones sino hasta el 26 de mayo de 2016; que la liquidación de la incapacidad no puede ser pagada sobre una base inferior al salario mínimo legal; y que el valor de la incapacidad a pagar es sobre 75 días.

IV. APELACIÓN.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 40).

Adujo que a partir del día 181 las incapacidades pasaron a estar en cabeza del fondo de pensiones, así como la calificación de la pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta de Calificación de Invalidez.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de incapacidades a cargo de la E.P.S. demandada, empero que se causaron con posterioridad al día 180.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

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

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

Ahora bien, en relación con las incapacidades, el reembolso que se solicite sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999** modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013¹.

¹ **“Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

En igual sentido, encontramos en el citado artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, que entre el día 3 y 180, el pago de las incapacidades lo asume la E.P.S., y que a partir del día 181 y hasta el día 540, la obligación recae en la A.F.P. (artículo 52 de la Ley 962 de 2005).

La excepción a la regla anterior, se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la A.F.P. antes del día 150, por manera que, si después de los 180 días iniciales las E.P.S. 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;** ello, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S. Al punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017 dijo:

“1. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, **esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación,** como se expondrá a continuación.

Respecto del **concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.**

Demandante: **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA.**

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

(...) 26. En consecuencia, las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, **existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, 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.**

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i)** Carlos Eduardo Velásquez se encuentra incapacitado desde el 01 de septiembre de 2015, y le fueron reconocidas sus incapacidades por E.P.S. FAMISANAR hasta el 27 de febrero de 2016 (fl. 14).
- ii)** El 04 de abril de 2016, E.P.S. FAMISANAR emitió dictamen favorable de rehabilitación del actor, decisión que notificó a COLPENSIONES hasta el 26 de mayo de 2016 (medio óptico de folio 40).

Pues bien. Sentado lo anterior, es menester indicar que la E.P.S. FAMISANAR tenía a su cargo el pago de las incapacidades del demandante hasta el día 180, esto es, del 01 de septiembre

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01633 -01
Demandante: **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

de 2015 al 27 de febrero de 2016, no obstante, tenía hasta el último día en mención para proferir concepto de rehabilitación; sin embargo, al no acreditar el cumplimiento de tal obligación en el término aludido, es **responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto emitió el correspondiente concepto.**

De esta manera, y teniendo en cuenta que FAMISANAR E.P.S. emitió el concepto de rehabilitación el 04 de abril de 2016 y lo notificó a COLPENSIONES hasta el 26 de mayo del mismo año, considera la Sala que hasta tal fecha FAMISANAR E.P.S. debió reconocer las correspondientes incapacidades.

En este punto, se aclara que si bien del 28 de febrero al 26 de mayo de 2016 transcurrieron 89 días, al no ser objeto de impugnación tal situación por parte de la parte actora, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no es dable modificar el valor de la condena impuesta en primera instancia.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

Demandante: **CARLOS EDUARDO VELÁSQUEZ VALENCIA.**

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

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

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

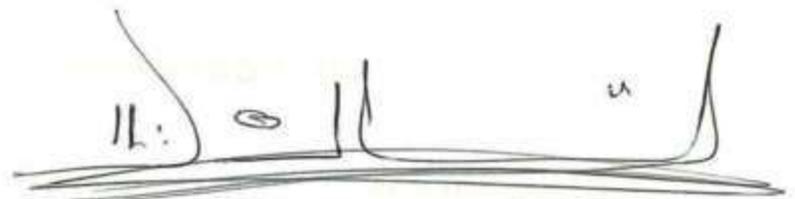
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01639 -01
Demandante: **VIVIANA ANDREA DÍAZ VARGAS.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S. Y BANEXPORT S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de FAMISANAR E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese la **VIVIANA ANDREA DÍAZ VARGAS** en contra de **FAMISANAR E.P.S. Y BANEXPORT S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de la suma de \$677.076, por concepto de incapacidades.

Demandante: **VIVIANA ANDREA DÍAZ VARGAS.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S. Y BANEXPORT S.A.**

2. HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** El 02 de marzo y el 02 de abril de 2018 solicitó ante E.P.S. FAMINANAR el reconocimiento y pago de las incapacidades N° 5933758 y 6051461, respectivamente; y **2)** El 12 de junio de 2018, BANEXPORT S.A. interpuso una queja ante la Superintendencia de Salud ante la falta de pago de E.P.S. FAMISANAR, quien señaló que el pago estaría autorizado para el 15 de junio de 2018 y que se vería reflejado dentro de las 48 horas siguientes, no obstante, nunca apareció el pago.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

FAMISANAR E.P.S. y BANEXPORT S.A. NO CONTESTARON LA DEMANDA (fl.20).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 19 a 22), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 06 de noviembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por la actora en contra de FAMISANAR E.P.S.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. pagar la suma de \$677.076, con las respectivas actualizaciones monetarias, en favor de la actora, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que no se encuentra acreditado que entre BANEXPORT S.A. y la actora existiera un vínculo laboral; que no se evidencia que la E.P.S. hubiera suspendido por mora la afiliación de la accionante dentro de los dos meses anteriores a su incapacidad; y que la demandante alcanza un mínimo de cotización de cuatro semanas en forma interrumpida y completa.

IV. APELACIÓN.

FAMISANAR E.P.S. (fl.30).

Adujo que el 04 de julio de 2018 pagó las incapacidades y que aportaba la documentación correspondiente.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si es dable tener en cuenta en esta instancia los documentos allegados por FAMISANAR E.P.S.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

FAMISANAR E.P.S. impugna, señalando que pagó las incapacidades a su cargo, para lo que se hace necesario rememorar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

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

Demandante: **VIVIANA ANDREA DÍAZ VARGAS.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S. Y BANEXPORT S.A.**

De esta manera, le correspondía a FAMISANAR E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; no obstante, y tan sólo cuando se elevó la impugnación por aquella, fue que se puso de presente el pago de las correspondientes incapacidades con el respectivo soporte documental. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el trámite sumario si bien goza de un procedimiento corto y expedito, ello no es óbice para no garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

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

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

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

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4°

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

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

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

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

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i)** Viviana Andrea Díaz Vargas presenta cotizaciones en FAMISANAR E.P.S. desde mayo de 2018 (fls. 5 a 7).
- ii)** La actora estuvo incapacitada del 02 al 16 de febrero, y del 31 de marzo al 14 de abril de 2018 (fl. 3).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que el A Quo garantizó el debido proceso de FAMISANAR E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse y allegar las pruebas

correspondientes para ejercer su derecho de defensa; no obstante, fue decisión de la accionada guardar silencio (fl.12).

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que los documentos en que se fundamenta la impugnación son de fechas anteriores a la notificación de la demanda: 08 de noviembre de 2018, pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, los comprobantes de pago, son del **04 de julio de 2018** (fls. 31 y 32), por lo que pudieron ser allegados a juicio con la contestación. En todo caso, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **06 de noviembre de 2020**, de manera que también pudo allegar la documental correspondiente antes de que se dictara la sentencia primera instancia y, en tal entendido, no pueden tenerse los documentos aludidos como hechos sobrevinientes.

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

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer unos pagos por parte de FAMISANAR E.P.S. a favor de BANEXPORT S.A., se desconoce si se pagaron por concepto de la incapacidad de Viviana Andrea Díaz Vargas. En efecto, en el pago relacionado si bien se señala que obedecieron a incapacidades, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho reconocimiento era el que se debía efectuar a la accionante, máxime si se tiene en cuenta que como se señaló en primera instancia no existe probanza alguna que dé cuenta que la demandante estuvo vinculada como trabajadora con BANEXPORT S.A., por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar

Demandante: **VIVIANA ANDREA DÍAZ VARGAS.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S. Y BANEXPORT S.A.**

fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian.

Así mismo, se aclara que la certificación de folio 32 y que fuere expedida por FAMISANAR E.P.S., no es suficiente para tener por acreditado el pago, recuérdese que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral segundo de la sentencia, esto es: *“ORDENAR a FAMISANAR E.P.S. pagar la suma de \$677.076, con las respectivas actualizaciones monetarias, en favor de la actora, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia”*, requiera a la demandada FAMISANAR E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de las incapacidades y que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310500220190007401
Demandante: **LUIS ABDON MENDOZA RONDÓN**
Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los (as) apoderados (as) de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de enero de 2021, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ABDON MENDOZA RONDÓN** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la reliquidación de la pensión de vejez dando aplicación el Decreto

758 de 1990, teniendo como tasa de reemplazo el 90% del IBL, con su correspondiente retroactivo, así como el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 28 de septiembre de 1950; **2)** Comenzó a laborar desde el 01/05/1972 y estuvo afiliado al ISS; **3)** Pertenece al régimen de transición; **4)** Tiene más de 1266 semanas cotizadas; **5)** Laboró como servidor público desde mayo de 1972 hasta septiembre de 1989 en el ICA, entidad que no hacía aportes al sistema pensional; **6)** Por ser entidad pública, el ICA no cotizó al régimen de prima media y por este tiempo hay un bono pensional; **7)** El tiempo efectivamente laborado debe ser tenido en cuenta; **8)** En el año 2013, al cumplir los requisitos, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez; **9)** Mediante Resolución GNR 267495 del 24 de julio de 2014, se resolvió de manera favorable su petición, argumentando que el régimen aplicable era la Ley 33 de 1985; **10)** Los periodos que se tomaron para liquidar la prestación van del 01/05/1972 al 30/11/1996; **11)** La pensión de vejez le fue reconocida con un IBL del 75%, siendo el régimen más favorable el dispuesto en el Decreto 758 de 1990 con un IBL máximo del 90%; **12)** La diferencia en la mesada pensional asciende a la suma de \$428.931; y **13)** Se agotó la reclamación administrativa el 17 de agosto de 2018.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 58 a 85) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de

lo no debido, improcedencia del cobro de intereses moratorios, buena fe, prescripción y la innominada.

Expuso que al demandante se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución GNR 267495 del 24 de julio de 2014, prestación que le fue liquidada teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por la Ley 33 de 1985, por resultarle esta norma más favorable.

Precisó que no es procedente la reliquidación de la pensión del actor bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, ya que no se acreditan los requisitos de dicha norma, ya que la mayor parte de las cotizaciones del demandante fueron realizadas a Cajanal como servidor público y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad no contaba con 500 semanas de cotización, así como tampoco acreditaba un total de 1000 semanas en cualquier tiempo exclusivamente cotizadas al ISS.

Manifestó que debe tenerse en cuenta que para dar aplicación al régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, únicamente se pueden tener en cuenta los tiempos o semanas efectivamente cotizadas al ISS y no el tiempo que se cotizaba a cajas de previsión social diferentes, siendo este el criterio de la Corte Suprema de Justicia y citó la sentencia SL 16104 del 05/11/2014.

Reiteró que no era posible computar las semanas cotizadas tanto al sector público como al privado, pues no se puede dar aplicación a la sentencia SU-769 de 2014, ya que ese precedente jurisprudencial se hizo con el fundamento de proteger el goce efectivo del derecho a la seguridad social de las personas que lo lograban acceder a una pensión de vejez bajo ningún régimen pensional, sin embargo, como quiera que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de vejez, el goce efectivo de su derecho a la seguridad social no se ve afectado.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 20 de enero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en la cual condenó a Colpensiones a: i) reliquidar la mesada pensional reconocida mediante Resolución GNR 267495 del 24 de julio de 2014, teniendo en cuenta como mesada pensional para el año 2010 la suma de \$1.016.503, 2) pagar del retroactivo pensional por concepto de las diferencias pensionales causadas entre el 22 de enero de 2016 al 30 de noviembre de 2020 por valor de \$20.542.880 así como las que se causen con posterioridad hasta el momento de su pago efectivo, 3) pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 18 de diciembre de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2020; y 4) declaro probada parcialmente la excepción de prescripción.

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, que el demandante es beneficiario del régimen de transición pues para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años y cotizó un total de 1268.5 semanas en toda su vida laboral hasta el año de 1997, con lo que el régimen de transición se le extendió hasta el año 2014.

Citó la sentencia SU-759 del 2014 de la H. Corte Constitucional, e indicó que esta sentencia dijo que el Acuerdo 049 de 1990 no contempla que para pensionarse con base en este, los aportes tendrían que haberse efectuado con exclusividad al ISS y por tanto, si era posible acumular el tiempo de servicio público y las cotizaciones efectuadas al ISS en virtud del principio de favorabilidad contenido en el artículo 52 de la Constitución y por ello, resulta posible el computo de semanas cotizadas por el actor a otras cajas de previsión para poder incrementar su tasa de reemplazo.

Expuso que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y en el caso concreto, el demandante cumplió 60 años en septiembre de 2010, acredita 895 semanas cotizadas a Cajanal y 373.56 semanas cotizadas a Colpensiones, para un total de 1268.6 semanas al 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual se le extendió el régimen de transición.

Indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al demandante le faltaban más de 10 años para pensionarse, por lo que su ingreso base de liquidación se establece conforme al artículo 21 de dicha norma, encontrando que le resulta más favorable el cálculo de la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990.

Frente a la prescripción dijo, que al demandante se le reconoció pensión mediante Resolución GNR 267495 del 24 de julio del 2014 y el 17 agosto 2018 presentó reclamación ante la demandada solicitando la reliquidación de la pensión y la demanda fue presentada el 22 enero 2019, por lo que concluyó que las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 22 de enero del 2016 se encuentran prescritas.

En cuanto a los intereses moratorios, refirió que la solicitud la realizó el acto el 17 de agosto de 2018 por lo que tenía hasta el 17 de diciembre del mismo año para contestar la petición, por ello dichos intereses deben pagarse desde el 18 de diciembre de 2018.

IV. APELACIÓN.

DEMANDANTE

Expuso que presenta recurso parcial frente a la prescripción decretada. Indicó que, revisado el expediente digital se evidencia que el demandante reclama la pensión de vejez desde el 24 de diciembre de 2013 mediante solicitud con radicado No. 132229.

Indicó que no es el solicitante quien debe determinar cuál es la norma con la que se debe reconocer la prestación, con lo que solicita se analice dicho reconocimiento desde el 2013, con fundamento en que este no es un cambio jurisprudencia reciente, pues existen sentencias de la H. Corte Constitucional que datan del 2014, que indican que para el reconocimiento de la pensión de vejez es posible tener en cuenta los tiempos laborados en el sector público y privado.

Aclaró que el derecho no se encuentra prescrito, puesto que el demandante cumplió los 60 años en el 2010 y la solicitud se hizo en el año 2013, estando dentro de los 3 años para solicitar el reconocimiento de la prestación, por lo que el reconocimiento del reajuste pensional bajo los presupuestos del Decreto 758 de 1990 debe hacerse desde el momento en que el demandante tiene el derecho, esto es desde el 2009.

Precisó que los cálculos por esa parte efectuados, dan como resultado las siguientes diferencias: para el año 2009 la suma de \$225.000, 2010 la suma de \$236.000, para el 2011 un valor de \$237.000, 2012 la suma de \$246.000, 2014 por valor de \$252.000, para el 2015 la suma de \$266.000, 2016 por \$284.000, 2017 por valor de \$301.000, 2018 la suma de \$313.000, 2019 la suma de \$327.000 y 2020 por valor de \$335.000, lo que arroja un retroactivo pensional de \$41.975.318, por lo que solicita se revise el mismo.

Finalizó indicando que, si en gracia de discusión no se aplicara lo anteriormente argumentado, se tenga en cuenta que existe una nueva solicitud de fecha 08 de agosto de 2018 y al contar 3 años hacia atrás resulta en el año 2015, por lo que el reconocimiento debería hacerse desde el año 2015 y no desde el 2016.

COLPENSIONES

Manifestó que la Resolución GNR 267495 del 24 de julio de 2014 por medio de la cual esa entidad reconoció la pensión de vejez al demandante, se encuentra conforme a derecho, pues la prestación fue liquidada conforme a los lineamientos legales por resultar la norma más favorable para el actor,

Por lo anterior, dijo al momento de efectuar la liquidación la entidad realizó el estudio teniendo en cuenta el ingreso base por un valor de \$1.380.000 efectivos a partir del 24 de septiembre del 2009, reconociendo un retroactivo de 48 millones de pesos, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 ya que la mayoría de la cotizaciones del demandante fueron hechas a Cajanal, habiéndose efectuado el reconocimiento de la prestación bajo la Ley 33 de 1985, pues en su debido momento acreditó los requisitos para acceder a la pensión.

Precisó que el demandante no acredita los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, ya que la mayoría de sus cotizaciones fueron realizadas como servidor público a Cajanal y dentro de los últimos 20 años no contaba con las 500 semanas de cotización, así como tampoco acredita un total de 1000 semanas exclusivas cotizadas al ISS, sin que puedan tenerse en cuenta el tiempo cotizado a cajas de previsión diferentes, como se señaló en la sentencia SL 1071 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, en la que se dijo que para los beneficiarios del régimen de transición contenido el Acuerdo 049 de 1990 la exigencia el número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al ISS puesto que no existe una normativa que permita incluir las semanas cotizadas a otras.

Manifestó que por ello, no hay lugar reconocer retroactivo alguno ni a reconocer intereses moratorios ya que de la literalidad de la norma se desprende que sólo es procedente la sanción de mora cuando la administradora se retrase en el pago sin justificación, lo que en este caso no aplica, máxime cuando

la sentencia SL 1213 del 2017 dijo que no puede ser viable reconocer los intereses moratorios cuando se trate del reconocimiento de una diferencia pensional.

Concluyó diciendo, en lo que respecta a las costas, que no existe el derecho a estas, pues las pretensiones de la demanda deben ser despachadas desfavorablemente para el demandante.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación y el grado de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como problemas jurídicos: i) verificar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el demandante computando para ello todos los tiempos de servicio cotizados, tanto públicos como cotizados al ISS, en aras a obtener una tasa de reemplazo del 90%, de ser ello procedente, ii) a partir de cuando opera el fenómeno prescriptivo y iii) si resulta procedente la condena al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos

aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)"

Por tanto, el ingreso base de liquidación o I.B.L. no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. **43336**, 08 de mayo de 2013, Rad. **42529**, y 06 de abril de 2016, Rad. **51152**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de

prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En ese sentido, en la decisión **CSJ SL032-2018**, reiterada en la **CSJ SL1652-2018**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema adoctrinó lo siguiente:

“No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas

cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su

pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*." (Subrayado fuera del texto).

Sumatoria de tiempos que también procede a efectos de obtener la **reliquidación** de la pensión de vejez, tal como se dejó expuesto en la decisión CSJ **SL2557-2020 rad. 72425**, en la cual se expresó:

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a

efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En igual sentido, en la sentencia SL2061-2021 reiteró que:

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) Luis Abdon Mendoza Rondón nació el 28 de septiembre de 1950, tal y como da cuenta el registro civil de nacimiento y la copia del documento de identidad, visibles a folios 35, 36 y 87;
- ii) Laboró en el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA del 1° de mayo de 1972 al 25 de septiembre de 1989, esto es 908 semanas, según certificados CLEBP obrante a folios 24 a 34 y 87;
- iii) Cotizó 373.57 semanas al Instituto de Seguros Sociales entre el 2 de octubre de 1989 al 31 de enero de 1997 (fl. 69 a 73 y 87);
- iv) El demandante elevó solicitud pensional el día **24 de diciembre de 2013**. (fl. 16 a 23 y 87)
- v) Mediante Resolución GNR 267495 del 24 de **julio de 2014** le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, **a partir del 24 de diciembre de 2009**, obteniendo el pago de un retroactivo pensional de **\$48.391.097** (fls. 16 a 23 y 87);
- vi) El 17 de agosto de 2018 solicitó la reliquidación de su pensión aplicando el Acuerdo 049 de 1990, para que se tuviera en cuenta la totalidad de los aportes realizados en el sector público y privado (fls. 37 a 42 y 87).

En el caso bajo estudio, se tiene que la pensión de vejez del actor fue reconocida de conformidad con el régimen de transición y la Ley 33 de 1985, no obstante, la parte demandante aspira a la reliquidación de la prestación en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, y la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados.

Pues bien. En el análisis se encuentra que al actor le faltaban más de 10 años para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que la edad pensional la cumplió el 25 de septiembre de 2010, dado que nació el mismo día y mes de

1950. Así, la Sala se remite al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, según el cual, para acceder a la pensión de vejez, el afiliado hombre debía acreditar: i) 60 o más años de edad, y ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Vistos los anteriores antecedentes, atendiendo la jurisprudencia vigente en la materia, se tiene que resulta posible la reliquidación de la pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta todos los periodos y tiempos cotizados a otras cajas de previsión, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1990, esto es, con el promedio que devengó en los últimos 10 años de cotización o el de toda la vida laboral, siempre y cuando acredite más de 1250 semanas, situación que demostró, puesto que acreditó **908 semanas** cotizadas a Cajanal (Fl. 24 a 34 y 87) y **373.57 semanas** cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (fl.69 a 73), para un **total de 1281.57 semanas** cotizadas; así, además, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 20 del citado Acuerdo para aumentar en 3% la tasa de reemplazo del actor por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500 y, ya que alcanza 1281.57 semanas cotizadas, 781.57 semanas resultan ser adicionales, siendo entonces la tasa de reemplazo a aplicar la correspondiente al 90%.

Así las cosas, se procede a verificar si la mesada calculada por la *a quo* se encuentra ajustada, atendiendo lo argumentado por la parte actora en su recurso, para lo cual, efectuadas las operaciones aritméticas del caso y con ayuda del Grupo Liquidador de este Tribunal¹, se encuentra que resulta más favorable para el demandante el cálculo efectuado con los últimos 10 años de cotizaciones, pues el IBL resulta ser la suma de

¹ Ver liquidación anexa.

\$1.142.126,49, al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 90% para tener como resultado una mesada de **\$1.027.913,84** para el año 2010.

Ahora bien, contrario a lo que aspira la activa no es posible reconocer la prestación desde una fecha anterior, como quiera al darse aplicación al Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la prestación pensional, deben cumplirse los requisitos allí establecidos (artículo 12), siendo la edad mínima a acreditar, para el caso de los hombres, 60 años, edad que el actor cumplió el 25 de septiembre de 2010, dado que nació el mismo día y mes de 1950. No resulta ajustado a derecho que el actor pretenda se le aplique lo beneficioso de una norma y se deseche lo que no le conviene de la misma. Recuérdese que en virtud de que se acreditaron los requisitos de **Ley 33 de 1985**, a este primigeniamente se le reconoció la pensión de jubilación desde el año 2009, **es decir cuando contaba con 59 años**. Por lo tanto, si pretende se modifiquen en su beneficio las leyes aplicables a su caso, debe acogerse a ellas en su totalidad y teniendo pues que la edad mínima de pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año es de 60 años para hombres, a dicha edad se circunscribe el reconocimiento prestacional.

No obstante lo anterior, le asiste, aunque parcialmente la razón al apelante, por cuanto si bien, tal como lo declaró el A Quo si se presentó la prescripción de algunas mesadas pensionales, lo cierto es que erró el A Quo al fijar como fecha de interrupción de la prescripción la fecha de presentación de la demanda -22 de enero de 2019 -, por cuanto la reclamación de la reliquidación de la pensión ante la entidad de pensiones se efectuó el **17 de agosto de 2018** (fl. 37 a 42 y 87); luego sí se logró con dicho reclamo suspender por única vez el fenómeno extintivo, de conformidad con los Arts. 488 y 489 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S, y por ello **SE MODIFICARÁ PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia para declarar que le asiste

derecho al demandante a la reliquidación de su pensión **a partir del 17 de agosto de 2015.**

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

“Al respecto, conviene recordar que esta Sala ha defendido la tesis de que los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones. Así, desde la sentencia CSJ SL, 28, nov. 2002, rad. 18273, reiterada en CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19424, CSJ SL, 19 feb. 2004, rad. 20951, CSJ SL, 9 sep. 2005, rad. 24257, CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 30602, CSJ SL, 11 mar. 2008, rad. 32043, CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 36022, CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 50681, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 40387, CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 39662, SL1851-2014, SL13649-2015, SL4959-2016, SL12962-2017, SL4404-2018, entre otras, esta Corporación sostuvo:

“[...] para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del

artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos”.

Considera la Sala oportuno replantear ese criterio jurisprudencial, dada la existencia de razones poderosas y convincentes que obligan a su revisión. Para sustentar este cambio de pensamiento, la Corte, primero, sostendrá que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que tiene un claro referente constitucional y legal. En segundo término, discernirá sobre el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a fin de defender la tesis de que esa norma tenía la función de clarificar y sentar las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición. Y, por último, planteará que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de este sistema.

[...] De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones.

[...] Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales «de que trata esta Ley (sic)», entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de «esta Ley (sic)» prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de «esta Ley (sic)».[...]

Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”.

Por otra parte, la misma Corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020**), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. **43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312**, así como en la **SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021**, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente.

Así las cosas, se procederá al reconocimiento y pago de las diferencias que resulten como consecuencia de la reliquidación

Código Único de Identificación: 11001310500220190007401

Demandante: **LUIS ABDON MENDOZA RONDÓN**

Demandado: **COLPENSIONES**

debidamente indexadas, al verse sometidas a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, resultando procedente garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Lo dicho, de conformidad con las sentencias **SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021**.

En tal sentido habrán de **MODIFICARSE** los numerales primero, en el sentido de tener como mesada pensional para el año 2010 la suma de \$1.027.915,84, segundo y quinto, en el sentido de indicar que la prescripción operó para las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 17 de agosto de 2015, y deberá **REVOCARSE** el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar condenar al pago de la indexación de las diferencias pensionales aquí indicadas.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - MODIFICAR los siguientes numerales de la parte resolutive de la sentencia de primer grado:

- 1.1. **Primero**, en el sentido de tener como mesada pensional para el año 2010 la suma de \$1.027.915,84,

1.2. **Segundo y quinto**, en el sentido de indicar que la prescripción operó para las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 17 de agosto de 2015

SEGUNDO. - REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar condenar al pago de la indexación de las diferencias pensionales aquí indicadas.

TERCERO. - CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.

CUARTO. - Sin costas en esta instancia.

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

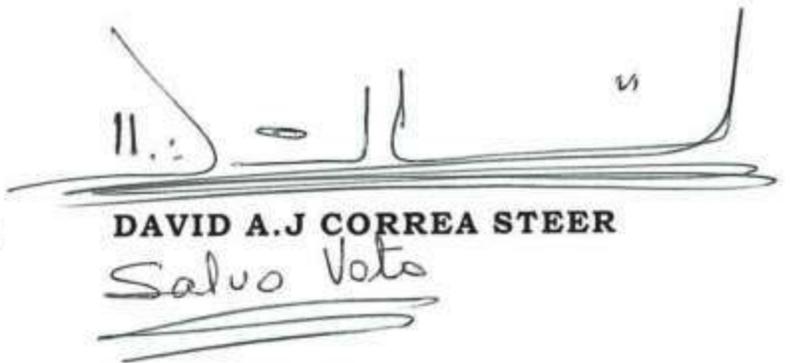
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



11.2

DAVID A.J CORREA STEER

Salvo Voto



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. ALEJANDRA HENAO PALACIO
RADICADO: 11001310500220197401
DEMANDANTE: LUIS ABDON MENDOZA RONDON
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante toda la vida y los últimos diez años actualizado a 2010, aplicando el 90% para obtener el valor de la primera mesada.

ANEXO SENTENCIA 30/11/2021

Promedio Salarial Anual							
Año 1972							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/05/72	31/05/72	31	1.386,00	46,20	\$ 1.432,20		
01/06/72	30/06/72	30	1.020,00	34,00	\$ 1.020,00		
01/07/72	31/07/72	31	1.348,00	44,93	\$ 1.392,93		
01/08/72	31/08/72	31	1.349,00	44,97	\$ 1.393,97		
01/09/72	30/09/72	30	1.369,00	45,63	\$ 1.369,00		
01/10/72	31/10/72	31	1.192,00	39,73	\$ 1.231,73		
01/11/72	30/11/72	30	1.020,00	34,00	\$ 1.020,00		
01/12/72	31/12/72	31	1.020,00	34,00	\$ 1.054,00		
Total días		245			\$ 9.913,83	\$ 40,46	\$ 1.213,94
Año 1973							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/73	31/01/73	31	1.478,00	49,27	\$ 1.527,27		
01/02/73	28/02/73	28	1.080,00	36,00	\$ 1.008,00		
01/03/73	31/03/73	31	1.080,00	36,00	\$ 1.116,00		
01/04/73	30/04/73	30	1.080,00	36,00	\$ 1.080,00		
01/05/73	31/05/73	31	1.080,00	36,00	\$ 1.116,00		
01/06/73	30/06/73	30	1.080,00	36,00	\$ 1.080,00		
01/07/73	31/07/73	31	1.260,00	42,00	\$ 1.302,00		
01/08/73	31/08/73	31	1.371,00	45,70	\$ 1.416,70		
01/09/73	30/09/73	30	1.260,00	42,00	\$ 1.260,00		
01/10/73	31/10/73	31	1.260,00	42,00	\$ 1.302,00		
01/11/73	30/11/73	30	1.260,00	42,00	\$ 1.260,00		
01/12/73	31/12/73	31	1.260,00	42,00	\$ 1.302,00		
Total días		365			\$ 14.769,97	\$ 40,47	\$ 1.213,97
Año 1974							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/74	31/01/74	31	1.260,00	42,00	\$ 1.302,00		
01/02/74	28/02/74	28	1.260,00	42,00	\$ 1.176,00		
01/03/74	31/03/74	31	1.260,00	42,00	\$ 1.302,00		
01/04/74	30/04/74	30	1.260,00	42,00	\$ 1.260,00		
01/05/74	31/05/74	31	1.260,00	42,00	\$ 1.302,00		
01/06/74	30/06/74	30	1.554,00	51,80	\$ 1.554,00		
01/07/74	31/07/74	31	1.350,00	45,00	\$ 1.395,00		
01/08/74	31/08/74	31	1.350,00	45,00	\$ 1.395,00		
01/09/74	30/09/74	30	1.350,00	45,00	\$ 1.350,00		
01/10/74	31/10/74	31	1.350,00	45,00	\$ 1.395,00		
01/11/74	30/11/74	30	1.350,00	45,00	\$ 1.350,00		
01/12/74	31/12/74	31	1.350,00	45,00	\$ 1.395,00		
Total días		365			\$ 16.176,00	\$ 44,32	\$ 1.329,53
Año 1975							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/75	31/01/75	31	1.350,00	45,00	\$ 1.395,00		
01/02/75	28/02/75	28	1.600,00	53,33	\$ 1.493,33		
01/03/75	31/03/75	27	1.387,00	46,23	\$ 1.248,30		
01/04/75	30/04/75	30	1.600,00	53,33	\$ 1.600,00		
01/05/75	31/05/75	31	1.600,00	53,33	\$ 1.653,33		
01/06/75	30/06/75	30	1.600,00	53,33	\$ 1.600,00		
01/07/75	31/07/75	31	1.600,00	53,33	\$ 1.653,33		
01/08/75	31/08/75	31	1.600,00	53,33	\$ 1.653,33		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/09/75	30/09/75	30	1.600,00	53,33	\$ 1.600,00		
01/10/75	31/10/75	31	1.600,00	53,33	\$ 1.653,33		
01/11/75	30/11/75	30	1.600,00	53,33	\$ 1.600,00		
01/12/75	31/12/75	31	1.726,00	57,53	\$ 1.783,53		
Total días		361			\$ 18.933,50	\$ 52,45	\$ 1.573,42
Año 1976							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/76	31/01/76	31	1.600,00	53,33	\$ 1.653,33		
01/02/76	29/02/76	29	1.713,00	57,10	\$ 1.655,90		
01/03/76	31/03/76	31	1.790,00	59,67	\$ 1.849,67		
01/04/76	30/04/76	30	1.730,00	57,67	\$ 1.730,00		
01/05/76	31/05/76	31	1.730,00	57,67	\$ 1.787,67		
01/06/76	30/06/76	30	1.730,00	57,67	\$ 1.730,00		
01/07/76	31/07/76	31	1.730,00	57,67	\$ 1.787,67		
01/08/76	31/08/76	31	1.730,00	57,67	\$ 1.787,67		
01/09/76	30/09/76	30	1.730,00	57,67	\$ 1.730,00		
01/10/76	31/10/76	31	1.730,00	57,67	\$ 1.787,67		
01/11/76	30/11/76	30	1.730,00	57,67	\$ 1.730,00		
01/12/76	31/12/76	31	1.730,00	57,67	\$ 1.787,67		
Total días		366			\$ 21.017,23	\$ 57,42	\$ 1.722,72
Año 1977							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/77	31/01/77	31	1.900,00	63,33	\$ 1.963,33		
01/02/77	28/02/77	28	2.030,00	67,67	\$ 1.894,67		
01/03/77	31/03/77	31	2.050,00	68,33	\$ 2.118,33		
01/04/77	30/04/77	30	2.500,00	83,33	\$ 2.500,00		
01/05/77	31/05/77	31	2.500,00	83,33	\$ 2.583,33		
01/06/77	30/06/77	30	2.819,00	93,97	\$ 2.819,00		
01/07/77	31/07/77	31	2.500,00	83,33	\$ 2.583,33		
01/08/77	31/08/77	31	2.877,00	95,90	\$ 2.972,90		
01/09/77	30/09/77	30	2.500,00	83,33	\$ 2.500,00		
01/10/77	31/10/77	31	2.500,00	83,33	\$ 2.583,33		
01/11/77	30/11/77	30	2.500,00	83,33	\$ 2.500,00		
01/12/77	31/12/77	31	2.500,00	83,33	\$ 2.583,33		
Total días		365			\$ 29.601,57	\$ 81,10	\$ 2.433,01
Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/78	31/01/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
01/02/78	28/02/78	28	4.200,00	140,00	\$ 3.920,00		
01/03/78	31/03/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
01/04/78	30/04/78	30	4.200,00	140,00	\$ 4.200,00		
01/05/78	31/05/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
01/06/78	30/06/78	30	4.200,00	140,00	\$ 4.200,00		
01/07/78	31/07/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
01/08/78	31/08/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
01/09/78	30/09/78	30	4.200,00	140,00	\$ 4.200,00		
01/10/78	31/10/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
01/11/78	30/11/78	30	4.200,00	140,00	\$ 4.200,00		
01/12/78	31/12/78	31	4.200,00	140,00	\$ 4.340,00		
Total días		365			\$ 51.100,00	\$ 140,00	\$ 4.200,00
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
01/02/79	28/02/79	28	5.100,00	170,00	\$ 4.760,00		
01/03/79	31/03/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
01/04/79	30/04/79	30	5.100,00	170,00	\$ 5.100,00		
01/05/79	31/05/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
01/06/79	30/06/79	30	5.100,00	170,00	\$ 5.100,00		
01/07/79	31/07/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
01/08/79	31/08/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
01/09/79	30/09/79	30	5.100,00	170,00	\$ 5.100,00		
01/10/79	31/10/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
01/11/79	30/11/79	30	5.100,00	170,00	\$ 5.100,00		
01/12/79	31/12/79	31	5.100,00	170,00	\$ 5.270,00		
Total días		365			\$ 62.050,00	\$ 170,00	\$ 5.100,00



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

Año 1980							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	31/01/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/02/80	29/02/80	29	6.600,00	220,00	\$ 6.380,00		
01/03/80	31/03/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/04/80	30/04/80	30	6.600,00	220,00	\$ 6.600,00		
01/05/80	31/05/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/06/80	30/06/80	30	6.600,00	220,00	\$ 6.600,00		
01/07/80	31/07/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/08/80	31/08/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/09/80	30/09/80	30	6.600,00	220,00	\$ 6.600,00		
01/10/80	31/10/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/11/80	30/11/80	30	6.600,00	220,00	\$ 6.600,00		
01/12/80	31/12/80	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
Total días		366			\$ 80.520,00	\$ 220,00	\$ 6.600,00
Año 1981							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/81	31/01/81	31	8.300,00	276,67	\$ 8.576,67		
01/02/81	28/02/81	28	8.300,00	276,67	\$ 7.746,67		
01/03/81	31/03/81	31	8.300,00	276,67	\$ 8.576,67		
01/04/81	30/04/81	30	8.300,00	276,67	\$ 8.300,00		
01/05/81	31/05/81	31	8.993,00	299,77	\$ 9.292,77		
01/06/81	30/06/81	30	9.600,00	320,00	\$ 9.600,00		
01/07/81	31/07/81	31	9.600,00	320,00	\$ 9.920,00		
01/08/81	31/08/81	31	9.600,00	320,00	\$ 9.920,00		
01/09/81	30/09/81	30	9.600,00	320,00	\$ 9.600,00		
01/10/81	31/10/81	31	9.600,00	320,00	\$ 9.920,00		
01/11/81	30/11/81	30	9.600,00	320,00	\$ 9.600,00		
01/12/81	31/12/81	31	9.600,00	320,00	\$ 9.920,00		
Total días		365			\$ 110.972,77	\$ 304,03	\$ 9.121,05
Año 1982							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/82	31/01/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
01/02/82	28/02/82	28	12.200,00	406,67	\$ 11.386,67		
01/03/82	31/03/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
01/04/82	30/04/82	30	12.200,00	406,67	\$ 12.200,00		
01/05/82	31/05/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
01/06/82	30/06/82	30	12.200,00	406,67	\$ 12.200,00		
01/07/82	31/07/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
01/08/82	31/08/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
01/09/82	30/09/82	30	12.200,00	406,67	\$ 12.200,00		
01/10/82	31/10/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
01/11/82	30/11/82	30	12.200,00	406,67	\$ 12.200,00		
01/12/82	31/12/82	31	12.200,00	406,67	\$ 12.606,67		
Total días		365			\$ 148.433,33	\$ 406,67	\$ 12.200,00
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/83	31/01/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
01/02/83	28/02/83	28	15.300,00	510,00	\$ 14.280,00		
01/03/83	31/03/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
01/04/83	30/04/83	30	19.125,00	637,50	\$ 19.125,00		
01/05/83	31/05/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
01/06/83	30/06/83	30	15.300,00	510,00	\$ 15.300,00		
01/07/83	31/07/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
01/08/83	31/08/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
01/09/83	30/09/83	30	15.300,00	510,00	\$ 15.300,00		
01/10/83	31/10/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
01/11/83	30/11/83	30	15.300,00	510,00	\$ 15.300,00		
01/12/83	31/12/83	31	15.300,00	510,00	\$ 15.810,00		
Total días		365			\$ 189.975,00	\$ 520,48	\$ 15.614,38
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	31/01/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
01/02/84	29/02/84	29	18.175,00	605,83	\$ 17.569,17		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

01/03/84	31/03/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
01/04/84	30/04/84	30	18.175,00	605,83	\$ 18.175,00		
01/05/84	31/05/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
01/06/84	30/06/84	30	18.175,00	605,83	\$ 18.175,00		
01/07/84	31/07/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
01/08/84	31/08/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
01/09/84	30/09/84	30	18.175,00	605,83	\$ 18.175,00		
01/10/84	31/10/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
01/11/84	30/11/84	30	18.175,00	605,83	\$ 18.175,00		
01/12/84	31/12/84	31	18.175,00	605,83	\$ 18.780,83		
Total días		366			\$ 221.735,00	\$ 605,83	\$ 18.175,00
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
01/02/85	28/02/85	28	20.456,00	681,87	\$ 19.092,27		
01/03/85	31/03/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
01/04/85	30/04/85	30	20.456,00	681,87	\$ 20.456,00		
01/05/85	31/05/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
01/06/85	30/06/85	30	20.456,00	681,87	\$ 20.456,00		
01/07/85	31/07/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
01/08/85	31/08/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
01/09/85	30/09/85	30	20.456,00	681,87	\$ 20.456,00		
01/10/85	31/10/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
01/11/85	30/11/85	30	20.456,00	681,87	\$ 20.456,00		
01/12/85	31/12/85	31	20.456,00	681,87	\$ 21.137,87		
Total días		365			\$ 248.881,33	\$ 681,87	\$ 20.456,00
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
01/02/86	28/02/86	28	24.956,00	831,87	\$ 23.292,27		
01/03/86	31/03/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
01/04/86	30/04/86	30	37.434,00	1.247,80	\$ 37.434,00		
01/05/86	31/05/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
01/06/86	30/06/86	30	24.956,00	831,87	\$ 24.956,00		
01/07/86	31/07/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
01/08/86	31/08/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
01/09/86	30/09/86	30	24.956,00	831,87	\$ 24.956,00		
01/10/86	31/10/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
01/11/86	30/11/86	30	24.956,00	831,87	\$ 24.956,00		
01/12/86	31/12/86	31	24.956,00	831,87	\$ 25.787,87		
Total días		365			\$ 316.109,33	\$ 866,05	\$ 25.981,59
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	30.696,00	1.023,20	\$ 31.719,20		
01/02/87	28/02/87	28	30.696,00	1.023,20	\$ 28.649,60		
01/03/87	31/03/87	31	30.696,00	1.023,20	\$ 31.719,20		
01/04/87	30/04/87	30	46.044,00	1.534,80	\$ 46.044,00		
01/05/87	31/05/87	31	30.696,00	1.023,20	\$ 31.719,20		
01/06/87	30/06/87	30	30.696,00	1.023,20	\$ 30.696,00		
01/07/87	31/07/87	31	30.696,00	1.023,20	\$ 31.719,20		
01/08/87	31/08/87	31	88.538,00	2.951,27	\$ 91.489,27		
01/09/87	30/09/87	30	58.443,00	1.948,10	\$ 58.443,00		
01/10/87	31/10/87	31	30.696,00	1.023,20	\$ 31.719,20		
01/11/87	30/11/87	30	30.696,00	1.023,20	\$ 30.696,00		
01/12/87	31/12/87	31	44.930,00	1.497,67	\$ 46.427,67		
Total días		365			\$ 491.041,53	\$ 1.345,32	\$ 40.359,58
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	49.965,00	1.665,50	\$ 51.630,50		
01/02/88	29/02/88	29	38.420,00	1.280,67	\$ 37.139,33		
01/03/88	31/03/88	31	38.420,00	1.280,67	\$ 39.700,67		
01/04/88	30/04/88	30	57.630,00	1.921,00	\$ 57.630,00		
01/05/88	31/05/88	31	38.420,00	1.280,67	\$ 39.700,67		
01/06/88	30/06/88	30	49.620,00	1.654,00	\$ 49.620,00		
01/07/88	31/07/88	31	46.490,00	1.549,67	\$ 48.039,67		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

01/08/88	31/08/88	31	43.000,00	1.433,33	\$ 44.433,33		
01/09/88	30/09/88	30	44.776,00	1.492,53	\$ 44.776,00		
01/10/88	31/10/88	31	42.084,00	1.402,80	\$ 43.486,80		
01/11/88	30/11/88	30	44.091,00	1.469,70	\$ 44.091,00		
01/12/88	31/12/88	31	46.577,00	1.552,57	\$ 48.129,57		
Total días		366			\$ 548.377,53	\$ 1.498,30	\$ 44.948,98
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	58.582,00	1.952,73	\$ 60.534,73		
01/02/89	28/02/89	28	51.297,00	1.709,90	\$ 47.877,20		
01/03/89	31/03/89	31	48.025,00	1.600,83	\$ 49.625,83		
01/04/89	30/04/89	30	83.984,00	2.799,47	\$ 83.984,00		
01/05/89	31/05/89	31	53.369,00	1.778,97	\$ 55.147,97		
01/06/89	30/06/89	30	53.750,00	1.791,67	\$ 53.750,00		
01/07/89	31/07/89	31	55.114,00	1.837,13	\$ 56.951,13		
01/08/89	31/08/89	31	53.750,00	1.791,67	\$ 55.541,67		
01/09/89	25/09/89	25	46.837,00	1.561,23	\$ 39.030,83		
02/10/89	31/10/89	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/11/89	30/11/89	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/89	31/12/89	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		359			\$ 715.565,37	\$ 1.993,22	\$ 59.796,55
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/02/90	28/02/90	28	89.070,00	2.969,00	\$ 83.132,00		
01/03/90	31/03/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/04/90	30/04/90	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/05/90	31/05/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/06/90	30/06/90	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/07/90	31/07/90	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/08/90	31/08/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/09/90	30/09/90	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/10/90	31/10/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/11/90	30/11/90	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/12/90	31/12/90	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
Total días		365			\$ 1.137.541,00	\$ 3.116,55	\$ 93.496,52
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/02/91	28/02/91	28	111.000,00	3.700,00	\$ 103.600,00		
01/03/91	31/03/91	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/04/91	30/04/91	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/05/91	31/05/91	31	111.000,00	3.700,00	\$ 114.700,00		
01/06/91	30/06/91	30	111.000,00	3.700,00	\$ 111.000,00		
01/07/91	31/07/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/08/91	31/08/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/09/91	30/09/91	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/10/91	31/10/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/11/91	30/11/91	30	136.290,00	4.543,00	\$ 136.290,00		
01/12/91	31/12/91	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
Total días		365			\$ 1.505.612,00	\$ 4.124,96	\$ 123.748,93
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	136.290,00	4.543,00	\$ 140.833,00		
01/02/92	29/02/92	29	150.270,00	5.009,00	\$ 145.261,00		
01/03/92	31/03/92	31	150.270,00	5.009,00	\$ 155.279,00		
01/04/92	30/04/92	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/05/92	31/05/92	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/06/92	30/06/92	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/07/92	31/07/92	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/08/92	31/08/92	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/09/92	30/09/92	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/10/92	31/10/92	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/11/92	30/11/92	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/12/92	31/12/92	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Total días		366			\$ 2.070.218,00	\$ 5.656,33	\$ 169.690,00
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/02/93	28/02/93	28	181.050,00	6.035,00	\$ 168.980,00		
01/03/93	31/03/93	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/04/93	30/04/93	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/05/93	31/05/93	31	215.790,00	7.193,00	\$ 222.983,00		
01/06/93	30/06/93	30	215.790,00	7.193,00	\$ 215.790,00		
01/07/93	31/07/93	31	215.790,00	7.193,00	\$ 222.983,00		
01/08/93	31/08/93	31	215.790,00	7.193,00	\$ 222.983,00		
01/09/93	30/09/93	30	215.790,00	7.193,00	\$ 215.790,00		
01/10/93	31/10/93	31	215.790,00	7.193,00	\$ 222.983,00		
01/11/93	30/11/93	30	215.790,00	7.193,00	\$ 215.790,00		
01/12/93	31/12/93	31	215.790,00	7.193,00	\$ 222.983,00		
Total días		365			\$ 2.486.485,00	\$ 6.812,29	\$ 204.368,63
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	229.967,00	7.665,57	\$ 237.632,57		
01/02/94	28/02/94	28	229.967,00	7.665,57	\$ 214.635,87		
01/03/94	31/03/94	31	229.967,00	7.665,57	\$ 237.632,57		
01/04/94	30/04/94	30	229.967,00	7.665,57	\$ 229.967,00		
01/05/94	31/05/94	31	225.200,00	7.506,67	\$ 232.706,67		
01/06/94	30/06/94	30	337.800,00	11.260,00	\$ 337.800,00		
01/07/94	31/07/94	31	225.200,00	7.506,67	\$ 232.706,67		
01/08/94	31/08/94	31	225.200,00	7.506,67	\$ 232.706,67		
01/09/94	30/09/94	30	225.200,00	7.506,67	\$ 225.200,00		
01/10/94	31/10/94	31	225.200,00	7.506,67	\$ 232.706,67		
01/11/94	30/11/94	30	225.200,00	7.506,67	\$ 225.200,00		
01/12/94	31/12/94	31	633.080,00	21.102,67	\$ 654.182,67		
Total días		365			\$ 3.293.077,33	\$ 9.022,13	\$ 270.663,89
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/02/95	28/02/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/03/95	31/03/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	413.000,00	13.766,67	\$ 413.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/08/95	31/08/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	275.000,00	9.166,67	\$ 275.000,00		
01/12/95	31/12/95	30	796.000,00	26.533,33	\$ 796.000,00		
Total días		360			\$ 3.959.000,00	\$ 10.997,22	\$ 329.916,67
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	327.000,00	10.900,00	\$ 327.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	328.900,00	10.963,33	\$ 328.900,00		
01/04/96	30/04/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	658.000,00	21.933,33	\$ 658.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	493.000,00	16.433,33	\$ 493.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/08/96	31/08/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	329.000,00	10.966,67	\$ 329.000,00		
01/12/96	08/12/96	8	941.000,00	31.366,67	\$ 250.933,33		
Total días		338			\$ 4.360.833,33	\$ 12.901,87	\$ 387.056,21
Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

1972	245	0,140	71,20	508,571	\$ 1.213,94	\$ 617.374,58	\$ 5.041.892,38	
1973	365	0,160	71,20	445,000	\$ 1.213,97	\$ 540.216,59	\$ 6.572.635,17	
1974	365	0,190	71,20	374,737	\$ 1.329,53	\$ 498.225,47	\$ 6.061.743,16	
1975	361	0,250	71,20	284,800	\$ 1.573,42	\$ 448.110,32	\$ 5.392.260,80	
1976	366	0,290	71,20	245,517	\$ 1.722,72	\$ 422.958,45	\$ 5.160.093,15	
1977	365	0,360	71,20	197,778	\$ 2.433,01	\$ 481.194,42	\$ 5.854.532,07	
1978	365	0,470	71,20	151,489	\$ 4.200,00	\$ 636.255,32	\$ 7.741.106,38	
1979	365	0,560	71,20	127,143	\$ 5.100,00	\$ 648.428,57	\$ 7.889.214,29	
1980	366	0,720	71,20	98,889	\$ 6.600,00	\$ 652.666,67	\$ 7.962.533,33	
1981	365	0,900	71,20	79,111	\$ 9.121,05	\$ 721.576,35	\$ 8.779.178,87	
1982	365	1,140	71,20	62,456	\$ 12.200,00	\$ 761.964,91	\$ 9.270.573,10	
1983	365	1,410	71,20	50,496	\$ 15.614,38	\$ 788.471,00	\$ 9.593.063,83	
1984	366	1,650	71,20	43,152	\$ 18.175,00	\$ 784.278,79	\$ 9.568.201,21	
1985	365	1,950	71,20	36,513	\$ 20.456,00	\$ 746.906,26	\$ 9.087.359,45	
1986	365	2,380	71,20	29,916	\$ 25.981,59	\$ 777.264,34	\$ 9.456.716,19	
1987	365	2,880	71,20	24,722	\$ 40.359,58	\$ 997.778,46	\$ 12.139.637,91	
1988	366	3,580	71,20	19,888	\$ 44.948,98	\$ 893.957,33	\$ 10.906.279,43	
1989	359	4,580	71,20	15,546	\$ 59.796,55	\$ 929.588,27	\$ 11.124.072,95	
1990	365	5,780	71,20	12,318	\$ 93.496,52	\$ 1.151.721,84	\$ 14.012.615,78	
1991	365	7,650	71,20	9,307	\$ 123.748,93	\$ 1.151.754,76	\$ 14.013.016,26	
1992	366	9,700	71,20	7,340	\$ 169.690,00	\$ 1.245.559,59	\$ 15.195.826,97	
1993	365	12,140	71,20	5,865	\$ 204.368,63	\$ 1.198.603,50	\$ 14.583.009,23	
1994	365	14,890	71,20	4,782	\$ 270.663,89	\$ 1.294.242,38	\$ 15.746.615,59	
1995	360	18,250	71,20	3,901	\$ 329.916,67	\$ 1.287.126,94	\$ 15.445.523,29	
1996	338	21,800	71,20	3,266	\$ 387.056,21	\$ 1.264.146,90	\$ 14.242.721,71	
Total días	8968				Total devengado actualizado a:	2010	\$ 250.840.422,51	
Total semanas	1281,14					Ingreso Base Liquidación	\$ 839.118,27	
Total Años	24,60					Porcentaje aplicado	90%	
						Primera mesada	\$ 755.206,45	
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2010	\$ 515.000,00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC Inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1987	351	2,880	71,20	24,722	\$ 40.745,02	\$ 1.007.307,44	\$ 11.785.497,02	
1988	366	3,580	71,20	19,888	\$ 44.948,98	\$ 893.957,33	\$ 10.906.279,43	
1989	359	4,580	71,20	15,546	\$ 59.796,55	\$ 929.588,27	\$ 11.124.072,95	
1990	365	5,780	71,20	12,318	\$ 93.496,52	\$ 1.151.721,84	\$ 14.012.615,78	
1991	365	7,650	71,20	9,307	\$ 123.748,93	\$ 1.151.754,76	\$ 14.013.016,26	
1992	366	9,700	71,20	7,340	\$ 169.690,00	\$ 1.245.559,59	\$ 15.195.826,97	
1993	365	12,140	71,20	5,865	\$ 204.368,63	\$ 1.198.603,50	\$ 14.583.009,23	
1994	365	14,890	71,20	4,782	\$ 270.663,89	\$ 1.294.242,38	\$ 15.746.615,59	
1995	360	18,250	71,20	3,901	\$ 329.916,67	\$ 1.287.126,94	\$ 15.445.523,29	
1996	338	21,800	71,20	3,266	\$ 387.056,21	\$ 1.264.146,90	\$ 14.242.721,71	
Total días	3600				Total devengado actualizado a:	2010	\$ 137.055.178,23	
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 1.142.126,49	
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	90%	
						Primera mesada	\$ 1.027.913,84	
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2010	\$ 515.000,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.027.913,84	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.060.499,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.100.056,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.126.897,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.148.759,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.190.804,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.271.421,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.344.528,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.399.519,00	0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.444.024,00	0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.498.897,00	0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.523.029,00	0,00	\$ 0,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso.
--------	--



Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.
----------------------	--

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ** promoviese contra **BANCO POPULAR S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 19 de agosto de 2003 al 15 de marzo de 2017; que se omitió pagarle el salario que le correspondía por los periodos en que desempeñó el cargo de Gerente; y que la relación laboral finiquitó de manera unilateral

y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago de las diferencias entre el valor pagado y lo que realmente se le debió reconocer; indemnización convencional por despido sin justa causa; e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones narró que: **1)** El 19 de agosto de 2003 empezó a desempeñar el cargo de Cajero a través de la empresa temporal Aservit Ltda.; **2)** Prestó sus servicios mediante diferentes contratos de trabajo, 19 de agosto de 2003 al 13 de septiembre de 2004, 01 de octubre de 2004 al 26 de octubre de 2006, y 14 de noviembre de 2006 a mayo de 2007; **3)** Recibía órdenes del BANCO POPULAR S.A.; **4)** A partir del 07 de mayo de 2007 fue vinculado directamente por el BANCO POPULAR S.A. mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Supernumerario I, siendo promovido el 15 de mayo de 2015 al cargo de Asistente Administrativo y de Personal; **5)** El 03 de octubre de 2011 se afilió al sindicato Unión Nacional de Empleados Bancarios- UNEB; **6)** Fue comisionado varias veces para desempeñar el cargo de Gerente, estando en el cargo de Asistente Administrativo y de Personal, no obstante, únicamente le pagaron el 50% de la diferencia salarial entre el cargo que ocupaba y el de Gerente; y **7)** El 15 de marzo de 2017 le fue terminado su contrato de trabajo presuntamente por manipulación de gastos de alimentos eventuales.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

BANCO POPULAR S.A., (fls.171 a 189), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, justa

causa para la terminación del contrato de trabajo, compensación, inconveniencia del reintegro, y la genérica.

Aceptó que el demandante fue vinculado al cargo de Supernumerario I, siendo promovido el 15 de mayo de 2015 al de Asistente Administrativo y de Personal; que en varios periodos, el demandante estando en el cargo de Asistente Administrativo y de Personal desempeñó el de Gerente; que el 15 de marzo de 2017 dio terminación al contrato de trabajo del accionante; que el último salario del actor fue la suma de \$2'560.912; y que el 03 de octubre de 2011, el demandante se afilió a la organización sindical UNEB.

Expuso que tuvo un contrato comercial con la empresa de servicios temporales Aservit Ltda., por lo que, en virtud de este contrato le fue remitido el demandante en misión en diversos periodos; pagó la totalidad de los salarios y prestaciones sociales que estaban a su cargo; que mediante Auditoria Interna 952-00065-2017 se logró determinar que el accionante incurrió en irregularidades en el desarrollo de su cargo, encontrándose que éste cometió una violación grave de sus deberes y obligaciones contractuales, pues fue directamente responsable de las conductas que se indicó en la carta de terminación (sic).

2.1. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Mediante providencia del 31 de julio de 2018 se aceptó el llamamiento en garantía efectuado por BANCO POPULAR S.A. a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fl.421).

SEGUROS DEL ESTADO S.A. (fls. 464 a 472) se opuso a las pretensiones de la demanda y al llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito frente a la demanda, las que denominó, prescripción, pago, compensación, y la genérica.

Propuso como excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía, las que denominó, inexistencia de cobertura por agotamiento de la vigencia, novación de las obligaciones, falta de prueba de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, límites asegurados, se aplique el agotamiento de la cobertura de acuerdo a los siniestros que hayan venido afectado la póliza, prescripción, compensación, y la genérica.

Manifestó que no le constan los hechos de la demanda y que habrá lugar a la imposición de las condenas que se pretenden, si se logran demostrar los supuestos de hecho en que se fundamentan.

Expuso que expidió las pólizas 032149116/01-X-2010, 032100122/03-I-2003, y 052114149/09-I-2006, las que fueron tomadas por Aservit Ltda. con el fin de amparar únicamente el pago de sus salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores en misión.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

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

PRIMERO: CONDENAR al BANCO POPULAR S.A. a pagar al actor, las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

1. \$155.560, por concepto de reliquidación por diferencia salarial.
2. \$432.600, por reliquidación de diferencia de auxilio de cesantías.
3. \$51.912 por diferencia en cuanto a intereses sobre las cesantías.
4. \$969.699, por concepto de diferencia de primas.
5. \$182.967, por concepto de diferencia de vacaciones.
6. Las anteriores sumas deberán ser indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de marzo de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectuó su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER al BANCO POPULAR S.A. de las demás pretensiones de la demanda. DECLARANDO parcialmente probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN con respecto al extremo inicial de la relación alegada en la demanda e indemnización por despido injusto.

TERCERO: ABSOLVER a SEGUROS DEL ESTADO S.A. de las todas y cada una de las pretensiones de la demanda y el llamamiento en garantía.

El juez de primera instancia estableció que entre las partes existió una relación laboral del 07 de mayo de 2007 al 15 de marzo de 2017.

Para fundamentar su decisión el A Quo refirió que no fue convocada ninguna empresa de servicios temporales para poder determinar si se vulneraron los tiempos en que un trabajador puede estar en misión conforme a la Ley 50 de 1990, por lo que, se carece de elementos probatorios para determinar que existió un contrato de trabajo desde el 19 de agosto de 2003; y que aunado a lo anterior, por la inasistencia del demandante operó confesión ficta a favor de la pasiva, en el sentido de que el actor estuvo como trabajador en misión, sin que esta presunción hubiere sido desvirtuada.

Indicó que el demandante fue nombrado en el cargo de Gerente entre diciembre de 2015 y febrero de 2016, así como en enero de 2017; que la política de asignación salarial - en la que se dispone el pago de un 50% del sueldo del cargo que se está desempeñando y el 50% al que se asciende temporalmente al trabajador - excluye el cargo de Gerente; que dicha política es completamente ineficaz pues afecta derechos mínimos e irrenunciables, puesto que al estar en las mismas condiciones de eficiencia la remuneración no podía ser inferior; y que por lo anterior, hay lugar a reajustar salarios, prestaciones sociales y vacaciones.

En último término, adujo que no es dable imponer condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, ya que, como resultado de la auditoría de 2016 se encontró el uso irregular de facturas para justificar gastos por concepto de alimentos; y que no era necesario que existiera un manual o procedimiento para legalizar los anteriores gastos, pues esto escapa de la lógica y de la sana crítica, ya que, es claro que para

justificar los gastos es indudable que se deben presentar documentos sin enmendaduras, más aún si se tiene en cuenta que el actor prestaba sus servicios en una entidad financiera.

IV. APELACIÓN

La **PARTE ACTORA** señaló que el trabajador fue vinculado al BANCO POPULAR S.A. desde 2003 a través de una empresa en misión y de la empresa de servicios temporales Aservit Ltda.; que superaron los límites de la contratación laboral de un trabajador en misión; que el hecho de que no se haya vinculado a Aservit Ltda. no quiere decir no se pueda demostrar, como se hizo, que la contratación del demandante fue realmente con BANCO POPULAR S.A., máxime cuando se está frente a derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Expresó respecto al despido sin justa causa, dado que no es dable partir de la confesión ficta por la inasistencia del demandante a audiencia de conciliación - puesto que dicha confesión no es aplicable cuando se está frente a derechos ciertos e indiscutibles - que dicha confesión no tiene el alcance suficiente para restarle valor a los demás elementos probatorios allegados al proceso, y especialmente, para establecer que no se tenía un procedimiento detallado y específico para la contabilización de gastos menores, más aún cuando este era un beneficio para estimular el capital humano y el cumplimiento de metas; que se pierde de vista que dentro de las facultades del Gerente estaba la de disponer de hasta de \$3'000.000 para gastos menores; que si bien las facturas conforme a la auditoría realizada tenían irregularidades, lo cierto es que el demandante obró de conformidad con el presupuesto a su cargo; que no se observa que la conducta del demandante fuera grave, pues no se entiende cómo se puede despedir a un Gerente por hacer uso de las partidas a su cargo; que de la investigación grafológica no se logró determinar que las enmendaduras a las facturas las hubiera realizado el actor, de hecho él en su calidad de Gerente

era el que debía allegar los documentos para legalizarlas, no el encargado de manipularla.

Finalmente, expuso que se debe revisar la liquidación del A Quo, pues la condena impuesta arroja valores exiguos.

El **BANCO POPULAR S.A.**, por su parte, indico que es perfectamente posible que una organización eche mano de los recursos humanos para que la labor no vaya a sufrir afectaciones económicas; que es por ese motivo que el banco podía hacer un pago inferior por concepto de salario en contraste con el que realmente desempeñaba la persona que estaba en el cargo de manera permanente; que lo anterior, no desconoce el principio de igualdad, pues entre los trabajadores, (el reemplazado y el remplazante), no se tiene un mismo nivel de experiencia, estudios, antigüedad, etc.; que tan es así que conforme a la Ley 50 de 1990, se permite llamar trabajadores en misión ante reemplazos temporales; que en interrogatorio de parte, se estableció que había consenso, no obstante, en este caso convocó a alguien de la propia entidad para efectuar ese cambio en las condiciones que mejor consideró; y que su dicho, también encuentra su asidero en la Convención Colectiva en el acápite correspondiente a promoción.

Adujo que no se concretó de dónde se lograron determinar las diferencias salariales y prestacionales impuestas; que no es posible que por 21 días de reemplazo se tenga \$432.600 por cesantías, \$969.669 por primas de servicios, y \$182.967 por las vacaciones; que lo anterior haría que los intereses a las cesantías de igual manera se encuentren indebidamente liquidados; y que la indexación debe ser modificada pues se verían afectadas las demás condenas impuestas en esta instancia.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar su posición.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si en virtud del principio de la primacía de la realidad, el tiempo que el demandante estuvo laborando en misión, fue trabajador del BANCO POPULAR S.A.; si hay lugar a nivelar el salario del accionante por el tiempo que éste desempeñó el cargo de Gerente; y si el despido del actor devino en injusto.

EMPRESAS TEMPORALES Y TRABAJADORES EN MISIÓN.

Las empresas de servicios temporales E.S.T - son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. Igualmente,

conforme al artículo 77 ejusdem, se limita el ámbito de la colaboración a las siguientes tres situaciones:

1. La tradicional del artículo 6 del C.S.T., vale decir, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono;
2. Cuando el tercero requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;
3. Cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 29 de octubre de 2014 con Rad. 58172, así como en la **SL692-2019**, hizo hincapié en cuanto a que en este tipo de casos en los que la empresa temporal envía personal en misión, se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados; y que tales servicios no se practican con medios propios sino en las dependencias de la usuaria.

En adición, la citada corporación, en sentencia con **radicado 9435**, reiterada el 17 de octubre de 2008, **Rad. 28470**, así como en la **SL4330-2020**, estableció que, si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas, o que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso con la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la empresa usuaria era la de utilizar los servicios

del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley.

Así mismo, dicha Corporación en sentencia SL19830-2017 explicó que **no es imperativo llamar a juicio a las empresas de servicios temporales para verificar la existencia de un contrato de trabajo**, pues basta el llamado del obligado principal, por cuanto no se está tratando de definir sobre la responsabilidad solidaria de esas compañías. Al respecto, dijo:

"El litis consorcio necesario se ha de constituir en todo proceso en el que además de determinar la existencia de unas acreencias laborales a favor del trabajador, se persiga el pago de la condena por parte de cualesquiera de las personas sobre las que la ley impone el deber de la solidaridad.

De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior; los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante.

En el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular - nada se opone a que voluntariamente se haga- a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.

Cuando se persiga hacer valer la solidaridad sin que se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial, se debe constituir litis consorcio necesario con el deudor principal.

La actuación procesal del deudor solidario, en proceso en el que se le ha llamado a integrar el litisconsorcio con el responsable principal, o en uno posterior al que ha resuelto la controversia sobre la definición de la obligación materia de la solidaridad, y con la pretensión de condenarlo a que asuma el pago de la misma, ha de encaminarse a allanarse o defenderse, aceptando o controvirtiendo el que se den los supuestos sobre los que se edifica la solidaridad, esto es, sobre si se reúnen o no, por ejemplo, los requisitos del

artículo 34 del C.S.T. para el beneficiario de la obra, del artículo 35 en tratándose del intermediario, o del artículo 36 para el socio de una sociedad, o si ésta se da, presentando excepciones personales frente al actor, conducentes a enervar la obligación de pago, como por ejemplo acreditando que éste ya fue realizado, o que operó el fenómeno de la compensación, de la novación, o de la prescripción, entre otros.

Se ha de advertir que la solidaridad que se reclama en el sub examine tiene por fuente la ley, premisa que no desvanece la circunstancia de que el contenido de tal obligación haya sido precisado por una sentencia judicial, de la manera que se pretende cuando se alega que con ello lo que se violaría el principio de que las sentencias tienen efectos inter partes; ciertamente lo que obra es el imperio de la ley. (negrillas de la Sala).

En atención a lo anterior, erró el Tribunal cuando reprochó al demandante, el no haber llamado a juicio a las empresas de servicios temporales, dado que, sin estas, válidamente podía haber verificado la existencia del contrato de trabajo con el obligado principal, pues en este proceso, no se trató de definir sobre la responsabilidad solidaria de esas compañías, situación que, además, lo conllevaron a vulnerar las disposiciones denunciadas. (Negrillas por la Sala)".

NIVELACIÓN SALARIAL.

Al respecto, sea lo primero indicar que el principio "a trabajo igual, salario igual" no es absoluto ni de aplicación literal e inexorable, sino que exige que el puesto desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de **capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra**, tal y como lo consagra el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, en armonía con el 143 del C.S.T.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de mayo de 2005, Rad. 23148, reiterada el 18 de mayo de 2009 y el 06 de mayo de 2015, Rads. 33673 y 46853, respectivamente, entendió que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en **razones objetivas**, como el régimen jurídico que se

les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc. En la última sentencia aludida se expuso:

“La jurisprudencia de esta Sala ha enseñado que:

... es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.

Y esos elementos que justifican el trato diferente no han quedado totalmente al arbitrio del empleador, pues la ley se ha encargado de establecer en cuáles casos debe existir igualdad en la remuneración y los factores laborales que dan derecho a esa igualdad.

En el caso de los trabajadores oficiales, condición laboral que ostentaba la actora, el citado artículo 5º de la Ley 6ª de 1945, que para el recurrente fue equivocadamente entendido, en lo pertinente señala: “ La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales”. (CSJ SL -de 10 de junio de 2005.-Radicado, 24272.)

En SL CSJ de enero 23 de 2007; radicado, 27724; se dijo:

Reiteradamente lo ha señalado la doctrina constitucional que una de las dimensiones del derecho a la igualdad es el de la discriminación, puesto que evidentemente la práctica de estas conduce a la violación de la igualdad material; en el mundo del trabajo los derechos y las libertades, por los que se realiza la dignidad humana del trabajador, y se le reconocen los derivados de su trabajo como la remuneración, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser otorgados haciendo diferenciaciones odiosas, acudiendo a las categorías de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, para dar por ellas trato de inferioridad, pero no por sólo las anteriores que enumera de manera expresas el artículo 13 de nuestra Carta Política, sino también por circunstancias que carezcan de justificación razonable, por las que las decisiones del empleador al tasar los derechos laborales se convierten en ejercicio de arbitrariedad.

Y en un pronunciamiento más reciente SL 6217 -2014 26 de noviembre de 2014; radicado.- 45830; se expresó:

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto del Art. 93 superior, ambos convenios internacionales «prevalecen en el orden interno», o sea, forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad, en forma indisoluble con el artículo 13 de la Carta. Esto significa que los citados convenios se erigen en razones para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad y no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, son razones para los preceptos incluidos en los señalados artículos 5° de la Ley 6ª de 1945 y 143 CST, cuyo alcance y significado deberá definirse en función de tales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y por tanto incorporados como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.

De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, como se explicará ahora.

B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario.

Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad. Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:

(...) En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.

Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.

Por el contrario, no se atentará contra el principio de igualdad y no discriminación, cuando a cierta persona o colectivo de personas se otorgue un trato diferente, pero basado en motivos razonables y legítimos, o relevantes (por ejemplo, una remuneración mayor para quienes tengan más altos niveles de responsabilidad, o con mejor productividad, etc.; o determinados beneficios o auxilios familiares para quienes tengan específicas o mayores responsabilidades en ese campo, etc.)

Entonces si, como lo señalaré la doctrina de esta Sala, «las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos,» y aparece demostrado en el proceso que la diferenciación salarial reconocida y declarada no fue fruto de una caprichosa, antojadiza y particular decisión de la empleadora en beneficio del trabajador Orozco sino que, por el contrario, obedece a motivaciones asociadas a la reestructuración administrativa determinada a su vez por las

modificaciones tecnológicas descritas; se concluye que no se equivoca el tribunal al establecer que asistieron a la empresa razones objetivas que explican y justifican el cuestionado desnivel del ingreso entre demandantes y el trabajador en referencia.

Es de colegir entonces, que la aplicación del renombrado principio entraña una certera comprobación de la igualdad de condiciones en que desarrolla la labor el trabajador que alega un trato discriminatorio y la de aquél que es objeto de comparación, pues sólo dados tales presupuestos será posible una aplicación razonable de los artículos citados, es decir, los artículos 5 de la Ley 6 de 1945 y 143 del C.S.T.

Ahora bien, la misma corporación aludida en sentencias del 05 de febrero y 10 de diciembre de 2014, Rads. 39858 y 44317 reiterando las sentencias del 25 de septiembre de 1997 y 16 de noviembre de 2005, Rads. 9255 y 24575, respectivamente tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *"a trabajo igual salario igual"*, tiene por carga probatoria demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia; y que le corresponde al empleador justificar la razonabilidad del trato, inclusive tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del C.S.T, por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, según el cual, *"todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación"*. En la sentencia con radicado 44317 dijo:

"Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *"a trabajo igual salario igual"*, tiene por carga probatoria demostrar el *"puesto"* que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, según la cual *«Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación»*, en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato”

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente: el trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debida de la decisión unilateral del trabajador. Por su parte el empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

DEL CASO EN CONCRETO.

No son motivo de controversia los siguientes hechos:

- i) Que el 01 de octubre de 2001, Servir Ltda. y BANCO POPULAR S.A. celebraron contrato de prestación de

- servicios, mediante el cual el primero se encargaría de proveer personal en misión al segundo (fls. 189 a 197).
- ii) Que el demandante Orlando Ramírez Gómez laboró como trabajador en misión en el BANCO POPULAR S.A. como cajero, según certificación expedida por Aservit Ltda. en los siguientes periodos: 19 de agosto de 2003 al 13 de septiembre de 2004, 01 de octubre de 2004 al 26 de octubre de 2006, y 14 de noviembre de 2006 a la fecha (fl.235).
 - iii) El demandante fue contratado por el BANCO POPULAR S.A. el 07 de mayo de 2007 para desempeñar el cargo de Supernumerario I (fls. 36 a 38).
 - iv) El 03 de julio de 2011, el accionante se afilió a la organización sindical UNEB (fl.75).
 - v) El 15 de mayo de 2015, el demandante fue ascendido al cargo de Asistente Administrativo, cargo en el que debe *"dirigir, coordinar, verificar y controlar que la atención al cliente y las operaciones realizadas en la oficina se cumplan dentro del contexto de las tres aes, de acuerdo con los manuales de procedimiento y controles vigentes en el banco, con el fin de lograr la satisfacción del cliente, minimizar el riesgo y salvaguardar los intereses del banco"* (fls.39 a 45).
 - vi) Del 21 de diciembre de 2015 al 03 de febrero de 2016, y del 04 al 25 de enero de 2017, el demandante fue encargado como Gerente de Oficina, inclusive imponiéndose el cumplimiento de metas mensuales (fls.243, 247 a 251).
 - vii) El 01 de febrero de 2017 el demandante fue citado a diligencia descargos - con notificación a la organización sindical UNEB - para que explicara las razones por las que se encontraban manipulación de gastos de alimentos eventuales, (fls. 46 a 48 y 297).
 - viii) El 10 de febrero de 2017 el accionante rindió descargos, (fls. 49 a 56).

- ix) El 15 de marzo de 2017 la empresa demandada terminó el contrato de trabajo del actor alegando una justa causa (fls.57 a 60).
- x) El 16 de marzo de 2017 le fue pagada al demandante la liquidación de prestaciones sociales, teniendo como último salario la suma de \$2'560.912 (fls. 61, 62 y 313).
- xi) El 30 de junio de 1992 el banco demandado expidió la Circular Reglamentaria VP.17 63 que establece que cuando a un funcionario se le encargue temporalmente en un cargo de superior categoría se le reconocerá una bonificación ocasional en cuantía equivalente al 50% de la diferencia entre su asignación y el sueldo del cargo que va a ocupar temporalmente; y que se excluyen de los anterior los Gerentes de Oficina (fls.322 y 323).
- xii) El 11 de diciembre de 2014 se suscribió Convención Colectiva de Trabajo entre la UNEB y el BANCO POPULAR S.A., la que establece en el artículo 3° que las anteriores convencionales siguen vigentes en lo que no hayan sido derogadas ni modificadas, como lo es la Convención Colectiva de Trabajo de 1992, la que en su artículo 4° concibe una indemnización por despido injusto (fls. 77 a 144).

Al proceso, además de la documental que obra en las diligencias, se arrió el testimonio de **Nelson Hernández Torres**, quien manifestó que era Director de Auditoría en la Gerencia Contraloría; que trabajó con el Banco Popular, y que es Auditor; que los pagos menores internos son aquellos que tienen autorizados las oficinas para pagos menores, como transporte, alimentos, y que estos cuentan con un presupuesto determinado; que cada oficina dependiendo de su tamaño tienen un presupuesto asignado; que el proceso de legalización de los gastos menores está a cargo del Asistente Administrativo, quien es el que da la orden del gasto y quien lo autoriza de acuerdo a las necesidades; que para 2016-2017 el demandante era el Auxiliar Administrativo de la oficina de Madrid; que en el

desarrollo de una visita, evidenció junto con otro auditor, que para justificar los gastos de la caja de pagos menores habían facturas que tenían tachones, enmendaduras, y que se adulteró su valor; que se realizó un estudio grafológico a 23 facturas para confirmar si estaban adulteradas, evidenciándose que presentaban adulteración y tenían valores diferentes al original; que lo anterior, fue sobre valores de alimentos consumidos en la oficina; que como auditores al hacer el hallazgo, avisaron al auditado; que en las facturas se encontraron casos como que el valor era de \$7.000, pero le agregaban un cero y quedaba en \$70.000, así como que habían fechas adulteradas; que el Asistente Administrativo era quien autorizaba el valor y después efectuaba la solicitud; que en el numeral 5 del manual de pagos internos se dice que debe existir una adecuada viabilidad de los pagos ante el Auxiliar Administrativo antes de la autorización; que como Director de Auditoria firmó el documento donde están los hallazgos y el dictamen del grafólogo sobre lo ocurrido con las facturas; y que según el dictamen el grafólogo habían adulteraciones efectuadas por el demandante.

Pues bien. Del análisis integral del acervo probatorio, lo primero por reafirmar de conformidad con Los argumentos de la sentencia de primera instancia es que el accionante laboró al servicio de **ASERVIT LTDA.**, como trabajador en misión en el **BANCO POPULAR S.A.** desempeñando el cargo de cajero, en los siguientes periodos: 19 de agosto de 2003 al 13 de septiembre de 2004, 01 de octubre de 2004 al 26 de octubre de 2006, y 14 de noviembre de 2006 al 07 de mayo de 2007; circunstancias fácticas que permiten aseverar a la Sala, que no se acreditó el respeto de los términos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues conforme al numeral tercero de dicha normatividad, el trabajo en misión únicamente es viable cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses

más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, **no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.**

En este punto, es necesario aclarar que si bien en audiencia de conciliación ante la inasistencia del demandante operó confesión ficta en cuanto a que su verdadera condición era la de trabajador en misión; y que éste tenía conocimiento que su era cargo temporal; lo cierto es que, esta es una presunción que puede ser desvirtuada con pruebas en contrario, lo que aconteció en juicio con la prueba documental. Al respecto, en sentencia SL4323-2021 se determinó:

“No sobra agregar, que la confesión ficta constituye una mera presunción legal o «iuris tantum», la que admite prueba en contrario, como también lo dijo recientemente la Sala en la sentencia antes mencionada, en la que precisó: «si la Sala la tuviera por válida también es de resaltar que de conformidad con el artículo 201 ibídem, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL13572018)»”.

De esta manera, para la Sala es claro que por los periodos laborados del 19 de agosto de 2003 al 13 de septiembre de 2004, 01 de octubre de 2004 al 26 de octubre de 2006, y 14 de noviembre de 2006 al 07 de mayo de 2007, el verdadero empleador lo fue el **BANCO POPULAR S.A.**, aclarándose como se dijo en precedencia, que el llamado de ASERVIT LTDA., no era necesario, pues conforme a la sentencia SL19830-2017 dicho llamado no resulta imperativo, por ende se torna facultativo para la activa, pues basta el llamado del obligado principal, por cuanto en el presente juicio no se busca definir sobre la responsabilidad solidaria de esa compañía.

Así mismo, y como quiera que entre uno y otro contrato se presentaron interrupciones cortas de tiempo, la Sala considera posible tener la existencia de una única relación laboral sumada a la que tuvo por probada el Juez de Primera Instancia, esto es, la del 07 de mayo de 2007 al 15 de marzo de 2017, por lo que, se **MODIFICARÁ** la sentencia en el sentido de ADICIONAR que entre el demandante y BANCO POPULAR S.A., existió una única relación laboral entre el 19 de agosto de 2003 y el 15 de marzo de 2017. Sobre el tópico, se recuerda que conforme presente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en caso de presentarse interregnos cortos entre un contrato y otro, se considera la existencia de una sola relación laboral. (Ver sentencia SL4816-2015 reiterada en la SL2857-2021).

Por otra parte, y en relación con la **nivelación salarial**, la Sala observa que el demandante laboró en el cargo de Gerente de Oficina, en los siguientes periodos: del 21 de diciembre de 2015 al 03 de febrero de 2016, y del 04 al 25 de enero de 2017.

Ahora bien, sobre el tópico se evidencia que al demandante le fue pagado un bono en cuantía equivalente al 50% de la diferencia entre su asignación y el sueldo del cargo que ocuparía temporalmente conforme la Circular Reglamentaria VP.17 63 del 30 de junio de 1992, por lo que, en ese orden de ideas, la parte actora logró demostrar el cargo que desempeñó, así que temporalmente ejerció otra labor, de la que se le remuneró en una cuantía inferior a la remuneración propia del cargo, cumpliendo con la carga probatoria que le concernía, de modo que le correspondía a la parte demandada justificar la razonabilidad del trato conforme a la presunción del artículo 143 del C.S.T.

Con el acervo probatorio recolectado no se logran determinar las razones objetivas para que el empleador diese un trato diferente al demandante respecto al pago de su salario; solo

obra en las diligencias la aludida Circular Reglamentaria VP.17 63 del 30 de junio de 1992, en la que se establece que se excluye de la aplicación de los incrementos salariales a los Gerentes de Oficina.

De otro lado, de la Convención Colectiva de Trabajo de 2014 (fls.77 a 106) en lo concerniente a encargos, lo único que se logra evidenciar en el artículo 5 es que *"cuando un empleado sea encargado de desempeñar labores de un cargo diferente al suyo, esta responsabilidad no se extenderá por más Tres (3) meses, salvo circunstancias especiales, obliguen a mayores extensiones del encargo. Finalizado ese plazo y si no hay extensión del encargo por las razones anteriores, la vacante del cargo del escalafón, deberá publicarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes y se llenará con ajuste al procedimiento de vacantes previsto en el artículo 5° de la Convención Colectiva del 1° de diciembre de 2011"* (fls.80 y 81).

Así mismo, en el artículo 7° de la Convención Colectiva de 1992 (lfs 108 a 129) referente al reglamento del escalafón, no se determina tal variación salarial, y el artículo 8° de la Convención Colectiva de 1978, (fls.130 a 144) que hace alusión al escalafón, únicamente señala una reestructuración de este, estableciendo que *"si en aplicación de esta reestructuración resultaren trabajadores con asignación superior a las del nivel, el Banco buscará paulatinamente ubicarlos en una posición equivalente a su retribución sin que implique aumento salarial alguno. Por el contrario, si por la razón resultaren algunos trabajadores con asignaciones inferiores a los nuevos mínimos establecidos, el Banco ajustará las diferencias así: un 50% a partir del 1ro de enero de 1979 y el 50% restante a partir del 1° de julio del mismo año"* (fls. 138), por lo que, es claro que la intención del BANCO POPULAR S.A. en cualquier caso era que los trabajadores devengaran el salario de conformidad con el cargo que estaban desempeñando.

De igual manera, y cuando una empresa o entidad goza dentro de su plante interna de un escalafón, se hace necesario recordar que en sentencia con Rad. 38662 del 10 mayo de 2011 reiterada en la SL5642-2018, se señaló lo siguiente:

“Atendiendo la vía directa que escogió el censor en la formulación del cargo, tal como éste lo manifiesta expresamente al desarrollar la acusación, no constituyen objeto de controversia los supuestos de hecho en que fundamentó el Tribunal la sentencia acusada, esto es: que el actor se vinculó a la demandada el 16 de enero de 1996, como “Revisor de Auditora Interna”; que al momento de presentarse la demanda éste aún se encuentra vinculado con la empresa; que en algunas oportunidades ha desempeñado los cargos de “Auditor I” y “Profesional I”; que no le han cancelado los salarios correspondientes a los referidos cargos; y que el demandante ostenta la condición de trabajador oficial.

Así las cosas, al estar demostradas las anteriores situaciones fácticas, en especial, el hecho de que el demandante desempeñó en vigencia de la relación contractual laboral que sostiene con la demandada, los cargos de “AUDITOR I” y “PROFESIONAL I”, a pesar de que fue vinculado como “REVISOR DE AUDITORIA INTERNA”, sin que se le hubieran cancelado los salarios correspondientes a esos cargos, es claro que le asiste razón al Tribunal al ordenar la nivelación salarial, en cuanto encontró demostrado, que era mayor la asignación que se tenía prevista para el desempeño de éstas últimas actividades frente de aquella para la cual se contrató.

Así se afirma, por cuanto si en este caso, el fundamento para reclamar la nivelación salarial impetrada, consistía en la existencia de un escalafón que fija los salarios para los cargos de “AUDITOR I” y “PROFESIONAL I”, **bastaba al demandante demostrar que fue nombrado y cumplía las funciones inherentes a esos cargos y, que la remuneración devengada no correspondía a la que se tenía establecida por la empresa**, supuestos fácticos que se dieron por demostrados en la sentencia acusada y, que como se dejó advertido, no son tema de controversia en atención a la vía directa por la que se dirigió el ataque.

De igual forma, la demostración de las condiciones de calidad y cantidad de trabajo, que la censura alega como no demostradas para negar el derecho al demandante, no eran necesarias en el asunto que se estudia, toda vez que no se está demandando la discriminación salarial entre personas que cumplieran una misma función, sino el pago de sueldos y prestaciones sociales correspondientes a los cargos que verdaderamente desempeñó en virtud a la primacía de la realidad

Así las cosas, es paladino el error de juicio jurídico en que incurrió el Tribunal, por cuanto, pese a encontrar acreditado que el demandante en la entidad accionada desempeñó el cargo de Profesional Universitario 3020 grado 9, y constar con prueba que le daba certeza del salario asignado en la escala de la entidad a

este cargo y al de técnico administrativo, negó la nivelación solicitada.

Adujo el Colegiado que **no existía prueba alguna con que se pudiera determinar que el desempeño de las funciones por parte del demandante se hubiesen ejecutado en las mismas condiciones de jornada, eficiencia y capacitación exigidas en el artículo 143 del CST, con las realizadas por los restantes trabajadores que desarrollaban iguales funciones, pasando por alto que el fundamento para reclamar la nivelación salarial impetrada, consistía en la existencia de un escalafón que fija los salarios para los cargos de profesional universitario y técnico administrativo, por lo que le bastaba al accionante demostrar que cumplía las funciones inherentes al primero de esos cargos y, que la remuneración devengada no correspondía a la que se tenía establecida para el mismo por la entidad"**

En similar sentido en sentencia SL15412-2016 se expresó:

"A la luz de la anterior línea jurisprudencial, y una vez analizada la plataforma probatoria, sobre todo las razones que adujo la llamada a juicio durante el proceso, esta Corporación observa que el banco demandado desconoció el derecho que la actora tenía de ser remunerada con una suma igual a la que recibían las personas que ella reemplazó, pues ejercían las mismas funciones, muy a pesar de que en las documentales de folio 24 y 25 se le hubiere advertido que seguiría percibiendo la misma asignación básica, por cuanto esos instrumentos lo que evidencian no es un acuerdo entre las partes, sino la imposición y desatino del empleador en relación con este específico aspecto". (Negrillas por la Sala).

De esta manera, para la Sala es claro que al desempeñar el accionante el cargo de Gerente de Oficina su asignación debía corresponder a la de este oficio, máxime si se tiene en cuenta la imposición del cumplimiento de metas mensuales en el desarrollo de estos (fls.243, 247 a 251), por lo que, se procederá a verificar si se pagaron en debida forma.

Al respecto se tiene que a folio 573 del pdf denominado 001.110013105005201700640 00, se allegó por parte del BANCO POPULAR S.A. los valores pagados por concepto de salario al Gerente de Oficina, así como a folios 239 a 242 obran los valores que se pagó al demandante cuando desempeño el cargo de Gerente de Oficina, evidenciándose que, para diciembre de 2015,

enero y febrero de 2016, y enero de 2017, las diferencias fueron las siguientes:

- 2015, **Director de Oficina:** \$2'400.000 por asignación básica, \$179.272,02 por auxilio de alimentos, y \$89.792,01 por auxilio de transporte. **Valor pagado:** \$2'171.000,01 por asignación básica, \$179,272,02 por auxilio de alimentos, y \$89.792,01 por auxilio de transporte.
- 2016, **Director de Oficina:** \$2'616.000 por asignación básica, \$195.353,01 por auxilio de alimentos, y \$97.846,02 por auxilio de transporte. **Valor pagado:** \$2'365.739,01 por asignación básica, \$195.353,01 por auxilio de alimentos, y \$97.846,02 por auxilio de transporte
- 2017, \$2'789.702,01 por asignación básica, \$211.470 por auxilio de alimentos, y \$105.918 por auxilio de transporte. **Valor pagado:** \$2'560.912,02 por asignación básica, \$211.470 por auxilio de alimentos, y \$105.918 por auxilio de transporte.

Conforme a lo anterior, se encuentra que la diferencia salarial en 2015 es de \$228.999,99, en 2016 es de \$250.260,99, y en 2017, \$228.790. Así las cosas, y dado que el actor laboró del 21 al 31 de diciembre de 2015, esto es, 10 días, el valor a pagar por tal periodo es de **\$76.333,33**; que laboró del 01 de enero de 2015 al 03 de febrero de 2016, esto es, 33 días, **\$275.287,09**; y que laboró del 04 al 25 de enero de 2017, esto es, 22 días, el valor pagar es de **\$167.779,33**, para un total de **\$519.399,75**, rubro superior al impuesto por el A Quo, por lo que, en virtud de la impugnación elevada por la parte actora se modificará.

Así mismo, y en relación con las prestaciones sociales se tiene, en lo que respecta a **cesantías**, al no acreditarse los factores salariales que la componen ni los valores que se pagaron

por concepto de esta, que sólo es posible liquidarlas teniendo en cuenta la asignación mensual y el auxilio de transporte, así:

- Las cesantías de 2015, teniendo en cuenta los días laborados como Director de Oficina se debió pagar \$2'267.153,13, y sin tal reajuste, \$2'260.792,02, por lo que, la diferencia es de **\$6.361,11.**
- Las cesantías de 2016, teniendo en cuenta los días laborados como Director de Oficina se debió pagar \$2'486.526, y sin tal reajuste, \$2'463.585, por lo que, la diferencia es de **\$22.941.**
- Las cesantías de 2017, teniendo en cuenta que se encuentra acreditada una base salarial de \$2'905.297,90, incluyendo la diferencia salarial de forma proporcional por los 22 días laborados, tenemos que la base salarial es de \$2'961.224,34, por lo que, la diferencia entre el valor de las cesantías resultantes, \$605.270,40 y \$616.921,74, es la suma de **\$11.651,34.**

Por lo anterior, se debe pagar por concepto de cesantías la suma de **\$40.953,45**; valor que se MODIFICARÁ en virtud de la impugnación elevada por la parte demandada.

Ahora bien, y en relación con los **intereses a las cesantías**, dado que corresponde al 12% de las cesantías, se tiene que se debe reconocer por concepto de diferencias la suma de **\$3.807,48**, por lo que también se **MODIFICARÁ**. Lo dicho, teniendo en cuenta que los intereses a las cesantías que se debió reconocer para el año 2015 era \$272.058,38, y que la resultante con los valores pagados en tal anualidad es de \$271.295,01, por lo que, la diferencia es de **\$763,33**; para el año 2016 era de \$298.383,07, y que la resultante con los valores pagados en tal anualidad es \$295.630,20, por lo que, la diferencia es de **\$2.752,87**; y que para el año 2017 era de \$15.423,04, y que en la liquidación final se pagó \$15.131,76, por lo que, la diferencia es de **\$291,28.**

En lo atinente a **prima de servicios**, se observa que la base salarial que se tuvo fue la asignación básica mensual, por lo que, en tal sentido encontramos que se debieron pagar las siguientes sumas:

- Prima de servicios del segundo semestre de 2015, teniendo en cuenta los días laborados como Director de Oficina se debió pagar \$1'088.680,56, y se pagó \$1'085.500,01, por lo que, la diferencia es de **\$3.180,56.**
- Prima de servicios del primer semestre de 2016, teniendo en cuenta los días laborados como Director de Oficina se debió pagar \$1'194.340, y se pagó \$1'182.869,50, por lo que, la diferencia es de **\$11.470,50.**
- Las cesantías de 2017, teniendo en cuenta los días laborados como Director de Oficina se debió pagar \$581.187,92 y se pagó \$533.523,33, por lo que, la diferencia es de **\$47.665.**

Por lo anterior, se debe pagar por concepto de prima de servicios la suma de **\$62.316,06**; valor que se MODIFICARÁ en virtud de la impugnación elevada por la parte demandada.

Finalmente, y en lo que respecta a las **vacaciones**, se observa que para el periodo 2015-2016, en el que se incluye el primer periodo laborado, esto es, del 21 de diciembre de 2015 al 03 de febrero de 2016, se reconoció la suma de \$1'656.017,30; no obstante, y siguiendo las voces el numeral 2° del artículo 189 del C.S.T., *"Para la compensación en dinero de las vacaciones, en el caso de los numerales anteriores se tomará como base el último salario devengado por el trabajador"*, de modo que, el salario a tomar era el de octubre de 2016, periodo en el que el trabajador estaba desempeñando su cargo de Asistente Administrativo, por lo que, no era dable efectuar reajuste alguno. En igual sentido, se tiene que en el segundo periodo en que el actor desarrolló la labor de Director de Oficina, esto es, del 04 al 25 de enero de 2017, estas vacaciones fueron incluidas en la liquidación final de

prestaciones sociales, y en tal momento el actor se encontraba de igual manera desempeñando el cargo de Asistente Administrativo, por lo que, en tal sentido tampoco habría lugar a su reajuste.

En consecuencia, se **REVOCARÁ el numeral quinto** de la sentencia, y en su lugar se **ABSOLVERÁ** a la demandada de la condena por concepto de reajuste de vacaciones.

De otro lado se tiene que la activa impugnó la sentencia en lo que respecta a la absolución por indemnización por **despido sin justa causa.**

Pues bien. En la carta de terminación de folios 57 a 60, el empleador dijo:

“Usted en el ejercicio de sus funciones como Asistente Administrativo en la Oficina de Madrid autorizó, entre el 1 de junio de 2016 y el 29 de diciembre de 2016, el pago de 22 facturas que presentaron manipulación de los gastos de alimentos eventuales de la Oficina, en las cuales se pudo evidenciar lo siguiente:

- Se modificaron fechas, valores y cantidades originales, aumentando el valor del gasto.
- Se realizaron tachones o enmendaduras; con el propósito de modificar el valor.
- Se timbraron las facturas por mayor al original; con base en valores escritos a mano y autorizados por usted.

A pesar de que las facturas presentaban estas deficiencias, usted autorizó con su firma y sello el pago correspondiente, no obstante que se le habían incluido o adicionado valores que no se encontraban debidamente soportados como gastos, incremento que se vio reflejado no solo en cada factura modificada sino en el timbre que realizó el cajero principal, hecho con el cual afectó los intereses económicos del Banco, pues justificó indebidamente, mediante documentos adulterados, la compra de alimentos

(...) Con las conductas antes señaladas, usted no sólo incumplió el Manual de Pagos Internos, sino también los artículos 87 numeral 12, 92 numeral 8, 94 numeral 53 del reglamento interno de trabajo, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 107 numeral 4° del Reglamento interno de trabajo, en armonía con lo señalado en el artículo 6° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978 y en el numeral 6° literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 7° del decreto 2351 de 1965, procede a cancelar su contrato con justa causa, a partir del 16 de marzo de 2017, más

aún cuando con su actuación el Banco ha perdido la confianza en usted depositada, la cual es indispensable, dada la actividad bancaria y la labor desarrollada por usted.

Con tales conductas incurrió también en desconocimiento del Código de Ética y Conducta de la entidad numerales 3 y 9 (...)"

Conforme a lo anterior, el demandante acreditó el despido, por lo que se procederá a estudiar si los hechos endilgados por el empleador constituyen o no justa causa.

Para verificar la acreditación de tal cometido, la Sala se remite en primer lugar al documento de fls 258 a 286 denominado "*Manejos Indebidos e Incumplimiento de Controles del Efectivo en Caja y en Gastos por Alimentos Eventuales por parte de Asistente Administrativo y el Cajero Principal en la Oficina Madrid*" con fecha 01 de febrero de 2017, mediante el cual, el área de auditoría informó al Gerente Regional Sur, los resultados de la Auditoría 952-00065-2017, en la que se encontraron las siguientes deficiencias en el manejo de la caja menor a cargo del demandante:

- Se modifican fechas, valores y cantidades originales, aumentando el valor del gasto.
- Se realizan tachones o enmendaduras: con el propósito de modificar el valor.
- Se timbran las facturas por mayor valor del original; con base en valores escritos a mano y autorizados por el Asistente Administrativo.
- En algunos casos el cajero principal, entrega el efectivo antes de realizado el gasto sin soportes y con fecha posterior recibe las facturas y recibos para su proceso.

En el proceso obra igualmente dictamen grafotécnico-respecto del que no se requirió ratificación-, en el que se determinó que todas las facturas enviadas fueron adulteradas; y que las firmas que fueron yuxtapuestas al sello de Asistente Administrativo son de la misma persona (fls. 258 a 286).

También se cuenta con el acta de la diligencia de descargos practicada al demandante, (fls 49 al 56) en la que el trabajador responde informando que el rubro que le fue asignado para comprar los alimentos que se ofrecieron a sus funcionarios era de \$3'000.000; que al comprar los alimentos en algunos casos no se obtiene la factura, por lo que, en otras facturas se determinan los valores en que se incurrió para cuadrar la partida; que las enmendaduras fueron realizadas por las personas que efectuaron las correspondientes compras, pero no por él; que la empresa no ha brindado capacitaciones sobre el manejo de las facturas de alimentos; que una vez realizan el correspondiente cuadro de la partida, pasan su valor por el timbre; y que es él quien revisa y autoriza con su sello, y ratifica la operación colocando su clave en el aplicativo de canales para su proceso en caja.

Del mismo modo, en el plenario obra instructivo para el manejo de cajas menores, en el que se establece que dentro de los gastos eventuales está el de caja menor; que todos los vales y soportes deben contar con un sello con la leyenda pagada por caja menor y la firma del funcionario autorizado para ello, y que estos vales siempre deben estar acompañados de la correspondiente factura, la que debe como mínimo N.I.T. o cédula de la persona que recibió el pago; y en el numeral 5° se establece que es *"el Asistente Administrativo cada vez que se presente la necesidad de efectuar un Pago Menor por concepto de Alimentos o Transporte o analiza la viabilidad, ingresa con su usuario y clave personal al aplicativo Canales y Autoriza el Pago"* (fls. 325 a 339.)

En igual sentido, en el Reglamento Interno de Trabajo en los artículos 87-12, y 94-53, se señala que los trabajadores deben acatar y cumplir los procedimientos que determine el Banco en forma general o particular; y que está prohibido al trabajador ejecutar defectuosa o negligentemente su trabajo (fls. 340 a 349). Asimismo, el Código de Ética señala que si está en duda el otorgamiento de un crédito se debe dar el beneficio de la duda al

banco y declinar la operación; y que el negocio bancario debe ser honesto, limpio y legítimo (fls. 350 a 369).

Así pues, examinados los medios de prueba arrojados al expediente, y efectuado el análisis integral de los mismos, considera la Sala que está acreditada la justa causa de despido, ya que, es claro que el demandante en su condición de Asistente Administrativo tenía a su cargo la salvaguarda de la caja menor, que era la persona encargada de autorizar el retiro de los valores que esta contenía, y que los gastos efectuados no tenían una adecuada correspondencia con las facturas que las soportaban, al encontrarse estas adulteradas y con enmendaduras en sus valores, fechas y cantidades de productos comprados; nótese cómo el ejercicio del empleador para determinar la ocurrencia de los hechos se fue de sumo cuidado, pues fue consecuencia de un hallazgo en auditoria y las irregularidades encontradas fueron objeto de estudio grafológico.

Del mismo modo, como ya se anunció se adjuntó dictamen grafotécnico en el que se determinó que todas las facturas enviadas fueron adulteradas; y que las firmas que fueron yuxtapuestas al sello de Asistente Administrativo son de la misma persona (fls. 258 a 286); circunstancia respecto de la que únicamente se expuso en diligencia de descargos que al comprar alimentos, en algunos casos, no se obtiene la factura; que las enmendaduras fueron realizadas por las personas que efectuaron las correspondientes compras; y que la empresa no ha brindado capacitaciones sobre el manejo de las facturas de alimentos; no obstante, de esta misma declaración se logra extraer que era el demandante el encargado de revisar y autorizar con su sello las operaciones, así como ratificaba estas colocando su clave en el aplicativo de canales para su proceso en caja, por demás que al plenario se allegó el instructivo para el manejo de cajas menores de BANCO POPULAR S.A., en el que establece que dentro de los gastos eventuales está el de caja menor, que todos los vales y soportes deben contar con un sello con la leyenda pagada por

caja menor y la firma del funcionario autorizado para ello, y que estos vales siempre deben estar acompañados de la correspondiente factura, la que debe como mínimo N.I.T. o cédula de la persona que recibió el pago (fls. 325 a 339).

Por las anteriores consideraciones la Sala comparte la sentencia de primera instancia que resolvió absolver de dicho pedimento, al evidenciar que las conductas desplegadas por el demandante se encuadran dentro de lo establecido en el numeral 12 del artículo 87 y el numeral 53 del artículo 94 del Reglamento Interno de Trabajo; los numerales 3 y 9 del Código de Ética; el numeral 6° literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 7° del decreto 2351 de 1965 y el artículo 6° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978, el que en su numeral 6° también contine como justa causa la violación grave de las obligaciones y prohibiciones del trabajador.

Finalmente, y en lo referente a la **indexación**, la Sala considera que le asiste razón al A quo al imponer su condena, al verse sometido a la pérdida del poder adquisitivo, tal y como se sostuvo en sentencias SL194-2019 y SL3397-2020. Sin embargo, y dado que se impuso su actualización con el I.P.C. de marzo de 2017 (fecha de terminación del contrato) y hasta que se haga efectivo su pago, y que quien apeló sobre el tópico fue la parte demandada, que en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará, ya que, lo acertado hubiese sido ordenar la actualización de las condenas desde la correspondiente exigibilidad de cada una de estas, sin embargo, al resultar esta condena más extensa en el tiempo y por ende mayor a la impuesta por el Juez de Primera Instancia, no queda otro camino que confirmarla.

Al punto se aclara que las condenas por concepto de prestaciones sociales no fueron indexadas, por lo que, no hay lugar a verificar si el valor indexados fue debidamente calculado.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se DECLARA la existencia de un contrato de trabajo entre ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ y BANCO POPULAR S.A. entre el 19 de agosto de 2003 y el 15 de marzo de 2017.

SEGUNDO. - MODIFICAR los ordinales 1, 2, 3, y 4 del numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de diferencias por **salarios, cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios,** se deben reconocer las sumas de **\$519.399,75, \$40.953,45, \$3.807,48, y \$62.316,06,** respectivamente.

TERCERO. - REVOCAR el ordinal 5 del numeral primero de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a BANCO POPULAR S.A. de reajustar vacaciones.

CUARTO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO. -Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2017-00640 -01
Demandante: **ORLANDO RAMÍREZ GÓMEZ.**
Demandado: **BANCO POPULAR S.A.**

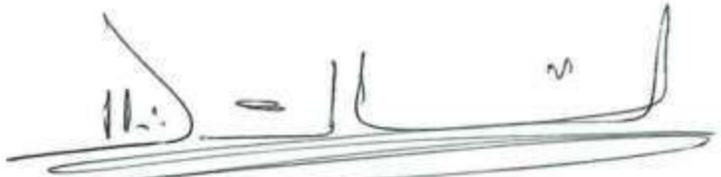
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00429 -01

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **EDGAR GUERRERO GALINDO** promoviese contra **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo de obra o labor que inició el 12 de octubre de 2012 con KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN; que el 27 de abril de 2013 celebró otro sí de su contrato de trabajo; que el 16 de noviembre de 2013 sufrió un accidente de trabajo; que el 19 de agosto de 2015 celebró un nuevo contrato de obra o labor; que el 05 de septiembre de 2015 le fue informada la terminación unilateral de su contrato de trabajo; que MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. fue beneficiaria de la obra prestada por el demandante, en virtud del contrato NNJ-115-13 suscrito entre las demandadas; y que la relación contractual existente entre las demandadas terminó el 13 de septiembre de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita que las demandadas reconozcan de manera solidaria salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de alimentación, vacaciones extralegales, aportes a seguridad social del 05 de septiembre de 2015 al 13 de septiembre de 2016, sanción por no consignación de las cesantías, e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) El 12 de octubre de 2012 ingresó a trabajar como *cuñero* mediante contrato de obra o labor en la empresa KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA; **2)** El 27 de abril de 2013 celebró otrosí al contrato referido por lo que continuó prestando sus servicios a favor de dicho empleador; **3)** El 16 de

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

noviembre de 2013 sufrió un accidente de trabajo, lo que le ocasionó una lesión en la cabeza y en los miembros inferiores; **4)** El 19 de agosto de 2015 celebró otro contrato de trabajo de obra o labor con KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA, para desempeñar el cargo de Encuellador; **5)** Devengaba \$2'627.010; **6)** Prestaba sus servicios en el taladro 6068, Campo Girasol- Jazmín, de manera personal atendiendo las instrucciones y órdenes para la labor que se llevaría a cabo de acuerdo con lo pactado en el contrato NNJ-115-13 de servicios de alquiler y operación de equipos de *well services* para la asociación *nare*, suscrito entre las demandadas; **7)** Recibía beneficios convencionales tales como, auxilio de alimentación y prima de vacaciones; **8)** El 05 de septiembre de 2015 le fue terminado su contrato de trabajo, alegándose la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado, pese a que se encontraba vigente el contrato NNJ-115-13; **9)** La terminación del contrato NNJ-115-13 estaba prevista para el 13 de septiembre de 2016; **10)** Desarrollaba sus funciones con las herramientas y equipo de trabajo suministrado por KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA, en el pozo y la tubería de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.; y **11)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA. (fls. 140 a 154), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, cosa juzgada, pago-cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

Aceptó la suscripción de un contrato de trabajo de obra o labor con el actor que inició el 12 de octubre de 2012; el cargo de cuñero, que inicialmente, desempeñó el demandante, la suscripción de otrosí al contrato celebrado con el actor el 27 de abril de 2013; el cargo de encuellador que posteriormente desempeñó; el salario de \$2'627.010; así como que el demandante prestaba sus servicios en el taladro 6068, Campo Girasol-Jazmín, operadora Mansarovar, en virtud del contrato NNJ-115-13; que el 05 de septiembre de 2017 dio por terminado el contrato de trabajo del actor alegando la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado; y que el accionante devengó auxilios convencionales, tales como auxilio de alimentación y prima de vacaciones.

Indicó que el contrato NNJ-115-13 pactado con MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. finalizó de manera definitiva el 17 de septiembre de 2015; que al momento de la desvinculación laboral del actor, a éste se le pagaron la totalidad de acreencias laborales causadas a su favor; y que el 08 de octubre de 2015 suscribió con el actor un acuerdo de transacción por medio del que manifestó que declaraba a paz y salvo, operando de esta manera, el fenómeno de la cosa juzgada.

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. (fls. 202 a 223), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción.

No aceptó ningún hecho. Indicó que el contrato NNJ-115-13 inició el 16 de agosto de 2013 y finalizó el 17 de septiembre de 2015; que celebró con KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

SUCURSAL COLOMBIA el contrato GIR-221-12, el que tenía por objeto el alquiler de operación de equipo *well services* para la Asociación *Nare*; y que si bien los contratos GIR-221-12 y NNJ-115-13 están relacionados con el giro de sus negocios, la solidaridad sólo opera respecto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

2.1. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A. y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- SEGUROS CONFIANZA S.A. (fl. 220).

ALLIANZ SEGUROS S.A. se opuso al llamamiento en garantía, y señaló que se atenia a lo que resultare probado en relación con las pretensiones de la demanda (fls. 320 a 330). Propuso como excepciones de mérito respecto de la demanda, las que denominó, inexistencia de vínculo contractual entre la entidad MANSAROVAR y el demandante, inexistencia de solidaridad para las obligaciones demandadas, prescripción y la genérica.

Propuso como excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía las de falta de prueba de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, límites asegurados, se aplique el agotamiento de la cobertura de acuerdo con los siniestros que hayan venido afectado la póliza, prescripción, compensación de las obligaciones, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que el contrato de trabajo verificado fue entre el actor y KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA; y que las funciones que desarrollaba el actor son extrañas al objeto social de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

Explicó que no se halla prueba del siniestro y de la cuantía de la pérdida; que la cobertura de la póliza es en función de los perjuicios que el incumplimiento de las obligaciones de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. puedan generar, las que en todo caso, se deben demostrar; y que se debe tener en cuenta el límite asegurado por parte de la aseguradora.

Finalmente, **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA S.A.** (fls. 355 a 363), se abstuvo de pronunciarse frente a las pretensiones de la demanda, empero, se opuso al llamamiento en garantía. Propuso como excepción respecto de la demanda la de inexistencia de despido injusto.

Propuso como excepciones frente al llamamiento en garantía las de pérdida de eficacia del llamamiento en garantía de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., al haberse notificado a CONFIANZA S.A. de manera extemporánea; ausencia de cobertura/ el despido del demandante se produjo por fuera de la vigencia de la póliza y en virtud de un contrato diferente al asegurado por CONFIANZA S.A.; expresa exclusión de prestaciones laborales convencionales y/o extralegales dentro de la cobertura del seguro; no cobertura de vacaciones; y no extensión al asegurado ni a la aseguradora de condenas por indemnizaciones moratorias.

No aceptó ningún hecho. Expuso que MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. tomó la póliza No. 24CX00384, sin embargo, esta no tiene relación con las pretensiones de la demanda, ya que sólo cubre acreencias laborales causadas con ocasión o durante la ejecución del contrato GIR-221-12; que conforme al artículo 66 del C.G.P. si no se notifica al llamado en garantía en un término de seis meses, este es ineficaz; que únicamente ampara las obligaciones relacionadas con el contrato GIR-221-12 y durante la vigencia de este nexo, por lo que no tiene

cobertura de prestaciones laborales convencionales, vacaciones e indemnizaciones moratorias.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que el contrato NNJ-115-13 celebrado entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. y KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. tuvo un tiempo de vigencia del 16 de agosto de 2013 al 17 de septiembre de 2015; y que como se acreditó que la relación laboral finiquitó el 05 de septiembre de 2015, como consecuencia de la terminación del contrato NNJ-115-13, no es dable considerar que se extendió por un periodo más largo, pues finalizó como consecuencia de la terminación de la obra o labor para la que fue contratado, por lo que, en tal sentido, no hay lugar al reconocimiento de las acreencias laborales pretendidas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que el actor celebró dos contratos de trabajo; que frente al primer contrato de trabajo se hicieron dos otrosí, terminando el 18 de agosto de 2015; que el segundo contrato se celebró a partir del 19 de agosto de 2015, por lo que no se está frente a un contrato de obra o labor sino frente a un contrato a término indefinido; que así las cosas se está en mora frente al contrato a término indefinido de las acreencias laborales dejadas de reconocer; que si bien la obra del segundo contrato finalizó el 13 de septiembre de 2016, el acta de terminación fue firmada el

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

21 de enero de 2016 (sic); que debieron avisarles a los trabajadores con la suficiente antelación que su contrato finalizaría antes; que en todo caso la terminación del contrato de trabajo debió tener como fecha de finalización el 13 de septiembre de 2016, no obstante, se terminó el 05 del mismo mes y año; que la labor del actor como Cuñero nunca desaparece del objeto social de KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD.; y que por lo anterior, hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización por despido injusto y sanciones moratorias.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación, luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. y ALLIANZ SEGUROS S.A. para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Conforme a los reparos expuestos en la apelación, a los cuales está atada la Sala, se encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si el contrato de obra o labor celebrado entre las partes devino en indefinido y si terminó de manera injusta.

CONTRATO DE TRABAJO DE OBRA O LABOR.

El **contrato de obra o labor** es aquel que se firma por el tiempo que dure la construcción o ejecución de una obra, actividad o labor determinada, tal y como se desprende del artículo 45 del C.S.T. que señala que el contrato de trabajo puede ser *“por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada”*, de modo que, debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo concluye teniéndola en cuenta, pues de allí es de donde resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3796-2017 dijo que:

“En cuanto a las características del contrato que unió a las partes en contienda, esto es por obra o labor realizada, bien vale la pena recordar lo adoctrinado por el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 22 de octubre de 1954, así:

cuando el contrato de trabajo tiene por objeto la realización de una obra o labor determinada, es preciso que él se demuestre sin lugar a dudas por quien invoca esa modalidad, pues ella determina fenómenos jurídicos de trascendencia en cuanto a su terminación. Debe quedar clara la naturaleza misma de la labor y que el acuerdo se concluyó teniéndola en cuenta, pues de allí resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución, y aceptaron de antemano como plazo de la relación el que resultara de su cumplimiento. En esta clase de contratos ocurre lo que en aquellos en que las partes desde el principio convinieron en fijarles duración cierta, porque en ambos ha existido acuerdo previo sobre la misma, con la diferencia de que mientras en uno el plazo es indeterminado pero cierto por cuanto se encuentra fijado por la naturaleza del servicio que se contrata, en el otro es cierto y determinada y surge la estipulación expresa de los contratantes. Más en ambos las partes saben desde el momento de la celebración del contrato cuándo va a verificarse su terminación”

De igual manera, la misma Corporación, en sentencia del 24 de abril de 2014, Rad. 54003, reiterada en las sentencias del 19 de octubre de 2016, Rad. 48879, y SL4909-2020, establece que

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *«libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...»*.

De esta manera, el empleador podía acudir a la modalidad contractual que más le conviniera; no obstante, el tiempo que dura la realización de una obra o labor determinada tiene un límite que se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, de modo que, en virtud del principio de primacía de realidad, es posible establecer que un contrato que fue pactado formalmente por obra o labor contratada, en realidad atiende a la naturaleza jurídica de un contrato a término indefinido. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL20718-2017, sostuvo:

“El Tribunal no interpretó erradamente los artículos 45, 46 y 47 del CST, así como las demás normas que conformaron la proposición jurídica, puesto que como lo ha enseñado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral:

El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.

Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido.

Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente, permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se

mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización. CSJ SL, 15 feb. 2017, rad. 36968

(...) De acuerdo con lo anterior, es posible que por virtud del principio constitucional de primacía de realidad, un contrato que fue pactado formalmente por obra o labor contratada, en realidad atiende la naturaleza jurídica de un contrato a término indefinido, tal como lo encontró el *ad quem*."

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** El 28 de septiembre de 2012, KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTDA. SUCURSAL COLOMBIA y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. celebraron el contrato GIR-221-12 con el objeto de realizar el servicio de alquiler y operación de equipos Well Services para la Asociación Nare; y que el contrato tendría una duración de 92 días calendario, esto es, hasta el 30 de diciembre 2012 (fls. 253 a 264).
- ii)** El 12 de octubre de 2012, Edgar Guerrero Galindo celebró contrato de trabajo a término de obra o labor con KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA para desempeñar el cargo de Cuñero en las operaciones de Well Service en el Taladro 6068, Campo Girasol- Jazmin, con la operadora MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.; y que el contrato finalizaría cuando la operadora se viera obligada a suspender en todo o en parte los trabajo en el área de operación y/o uso del taladro para el que fue contratado el trabajador (fls. 41 a 46).
- iii)** El 11 de enero de 2013 se celebró otro sí al contrato GIR 221-12, cambiándose la vigencia del contrato por un periodo de 10 días más, esto es, hasta el 25 de enero de 2013 (fl.265).

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

- iv)** El 10 de abril de 2013, el actor y KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA celebraron otro sí al contrato de trabajo, con el fin de modificar lo concerniente al área de operaciones donde el actor prestaría sus servicios de well service, teniendo para todos los efectos el campo Under River (Puerto Perales- Antioquia), en el taladro 6068 según los requerimientos y necesidades de la operadora (fls. 193 y 194).
- v)** El 27 de abril de 2013, el actor y KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA celebraron otro sí al contrato de trabajo, con el fin de modificar lo concerniente al área de operaciones donde el actor realizaba sus servicios de well service, teniendo para todos los efectos el campo Girasol-Jazmín (Puerto Boyacá) en el taladro 6068 según los requerimientos y necesidades de la operadora (fls. 47 y 48).
- vi)** El 06 de agosto de 2013, KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTDA. SUCURSAL COLOMBIA y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. celebraron el contrato NNJ-115-13 con el objeto de realizar el servicio de alquiler y operación de equipos Well Services para la Asociación Nare; y que el contrato tendría una duración de 1097 días calendario, esto es, hasta el 23 de agosto de 2016 (fls. 19 a 40).
- vii)** El 25 de junio de 2015, entre KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. se celebró otro sí n° 3 del contrato NNJ-115-13, mediante el que se dispuso que tendría una duración de 276 días contados a partir de la fecha de la firma acto de inicio, esto es, hasta el 21 de diciembre de 2015 (fls. 178 a 183).

- viii) A partir del 19 de agosto de 2015, el demandante desempeñó el cargo de Encuellador, finiquitando su relación laboral el 05 de septiembre de 2015 (fl.50).
- ix) El 17 de septiembre de 2015 terminó completamente la obra contratada por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA para que fuera ejecutada por KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA, según Acta de Liquidación y Terminación del contrato NNJ-115-13, suscrita el 21 de enero de 2016 (fls. 184 a 186).
- x) El 08 de octubre de 2015, KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA y el accionante celebraron acuerdo de transacción a través del que se pretendió zanjar cualquier eventual litigio (fls. 189 y 190).

Pues bien. Sea lo primer indicar que dentro del acápite de pretensiones contenido en el libelo genitor, no se relacionó de manera alguna pretensión relativa a la declaratoria de un contrato a término indefinido. Asimismo, es necesario destacar que la Sala carece de facultades *ultra* y *extra* *petita*, puesto que es el juez de primera instancia quien posee tales facultades, según lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia SL4487-2021, en la que manifestó:

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

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

En todo caso, y en gracia de discusión habrá de señalarse que conforme a la sentencia SL20718-2017, antes aludida, es posible que en virtud del principio constitucional de la primacía de realidad, un contrato que fue pactado formalmente por obra o labor contratada, en realidad atienda la naturaleza jurídica de un contrato a término indefinido; no obstante, en el plenario no se recibieron testimonios ni interrogatorios de parte y el contrato de trabajo allegado es claro en establecer que tenía por objeto únicamente las operaciones de Well Service en el Taladro 6068, con la operadora MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

Del mismo modo, es necesario advertir que no se avizora la celebración de un segundo contrato de obra o labor, por el contrario, lo que se logra determinar según certificación de folio 50, es que a partir del 19 agosto de 2015 el demandante comenzó a desempeñar las labores de Encuellador, lo que no implica necesariamente la celebración de un nuevo contrato de trabajo ni el cambio de las causas que dieron origen a su contratación. Asimismo, y para tener por demostrada la existencia de un contrato a término indefinido era imperativo que se acreditara que el cambio del cargo también varió el móvil de la contratación del actor, es decir, que la mutación de sus labores también varió la naturaleza de la modalidad contractual, no obstante, tal escenario a juicio de la Sala no se logró acreditar pues no se desplegó ninguna actividad probatoria para demostrar tal supuesto; carga que recaía en cabeza de la parte actora.

Por otra parte, y en lo referente a **definir si la terminación del contrato de trabajo devino en injusta**, encontramos que el accionante fue contratado por KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA para desarrollar sus funciones como Cuñero y Encuellador en las operaciones de Well Service contratadas por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, esto es, para el desarrollo de los contratos GIR-221-12 y NNJ-115-13.

Dicho lo anterior, encontramos que está acreditado que el contrato GIR-221-12 se extendió hasta el 25 de enero de 2013, que el contrato NNJ-115-13 inició el 06 agosto de 2013 y que tuvo una duración máxima hasta el 17 de septiembre de 2015, fecha en la que se liberó el último equipo de labor, según Acta de Liquidación y Terminación del contrato NNJ-115-13, (fls. 184 a 186), por lo que, en tal sentido, no es dable considerar que finiquitó la obra el 21 de enero de 2016, fecha en la que fue suscrita el acta referida, pues con el acta únicamente se está dejando constancia de la fecha efectiva en que finalizó el servicio que estaba prestando KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA a favor de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., lo que no indica de ninguna manera que después del 17 de septiembre de 2015 se siguió ejecutando el contrato NNJ-115-13, o por lo menos, tal situación no se acreditó.

Del mismo modo se tiene que el contrato de obra o labor celebrado entre el actor y KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA supeditó la relación laboral a la existencia de la operación y/o uso del taladro que estaba a cargo del accionante en la obra contratada con MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., sin embargo, no existe en el plenario prueba de la que se pueda desprender que el taladro 6068 que maniobraba el actor tuvo hubiera tenido operación hasta el 05 de septiembre de 2015, fecha en la que le fue terminado el contrato de trabajo al actor, pues como quedó visto, el último contrato celebrado entre las demandadas, esto es, el contrato NNJ-115-13, se extendió hasta el 17 de septiembre de 2015.

En tal escenario, sería dable únicamente el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, la que equivaldría en los términos del artículo 64 del C.S.T., al tiempo

que le faltare para cumplir el plazo estipulado, esto es, del 06 al 17 de septiembre de 2015 -12 días de salario-, sino fuera porque se observa que entre KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA y el actor se celebró contrato de transacción a través del que se dispuso zanjar cualquier eventual litigio que pudiera existir entre las partes como consecuencia de la relación laboral que se extendió entre el 12 de octubre de 2012 y el 05 de septiembre de 2015; contrato de transacción respecto del que no se alega vicio del consentimiento alguno, nulidad o ineficacia del cualquier índole, por lo que, es dable considerar que surte plenos efectos jurídicos, y que con este se superó cualquier discusión que pudiera existir entre la parte actora y KEY ENERGY SERVICES CYPRUS LTD. SUCURSAL COLOMBIA.

Al punto, se rememora que por la naturaleza consensual del contrato de trabajo, al igual que su surgimiento, está permitido que su terminación se efectúe a través del ofrecimiento de un pago que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, de manera que el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento. Así, lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de octubre de 2012, Rad. 39522:

“En ese contexto, esta Sala tiene establecido que la naturaleza consensual del contrato, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago, que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, en la que verificarán y sopesarán las condiciones de la propuesta empresarial, sin que ello implique un vicio del consentimiento; así, no puede una promesa de tipo económico representar coacción, si el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento, con las consecuencias que de allí se derivan, en orden a dar cumplimiento al artículo 1602 del C.C que da el carácter de ley para las partes, a los acuerdos celebrados”.

Del mismo modo, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral ha explicado que cuando un trabajador se obliga a través de un contrato de transacción es necesario que su consentimiento **no adolezca de vicios**, esto es, de error, fuerza o dolo; en todo caso, cuando se alega alguno de estos, deben estar suficientemente acreditados en el juicio. Al punto, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en sentencia SL787-2021 dijo:

“Sin perder de vista la naturaleza fáctica de la acusación, cabe recordar que el artículo 1502 del Código Civil preceptúa que para que una persona se obligue, es necesario que concurren, entre otros elementos, el consentimiento libre de vicios, es decir, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 *ibídem*). Este postulado, adquiere especial relevancia cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, toda vez que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, de suerte que requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad.

Esta Corporación ha adoctrinado que los vicios del consentimiento no se pueden presumir por el juez laboral, sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que *«con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso»* (CSJ SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015)”.

Así las cosas, no se accederá al reconocimiento de esta sanción así como de ninguna otra acreencia laboral adicional, pues la única sanción por la terminación anticipada de un contrato de obra o labor es el pago del tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado, más no el reconocimiento de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, y sanciones moratorias, como se pretendió en la demanda.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia, empero, por las razones señaladas en esta instancia.

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.**

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

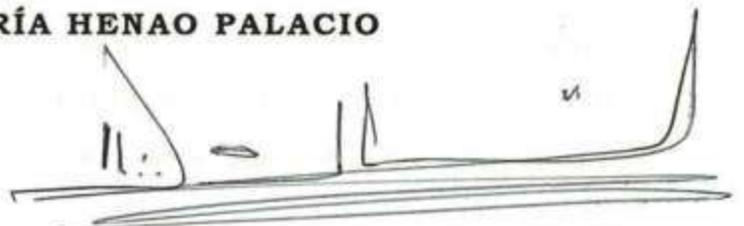
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00429 -01

Demandante: **EDGAR GUERRERO GALINDO**

Demandado: **KEY ENERGY SERVICIOS CYPRUS LTD SUCURSAL
COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN Y MANSAROVAR
ENERGY COLOMBIA LTDA.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00446 -02
Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**
Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de la parte actora y LIBERTY SEGUROS S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que promoviese contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y LIBERTY SEGUROS S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende que las demandadas reconozcan prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, y vacaciones, del 19 de marzo al 30 de septiembre de 2015; sanción por no pago de los intereses a las cesantías; indemnización moratoria; y sanción por no consignación de las cesantías.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta que: **1)** El 17 de marzo de 2015 suscribió contrato de obra o labor con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para trabajar en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO en el cargo de Comercial III; **2)** Devengaba \$1'750.000; **3)** Inició efectivamente las labores el 19 de marzo y hasta el 30 de septiembre de 2015; **4)** Al finalizar el contrato de trabajo no se pagó liquidación final de prestaciones sociales; **5)** El 06 de noviembre de 2015, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO solicitó a LIBERTY SEGUROS S.A. el pago de las liquidaciones de los trabajadores en misión, ya que, mediante las pólizas 2436541 y 2533998, garantizó el pago de estas obligaciones, en virtud de lo contratos de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015 suscritos entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; **6)** El 09 de diciembre de 2015, LIBERTY SEGUROS S.A. le manifestó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO que no pagaría salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, ya que no se pagó en debida forma la factura 42240, por cuanto fue pagada a un tercero por petición expresa de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; **7)** El 19 de noviembre de 2015 el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00446 -02

Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**

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

representante legal de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se comprometió a pagar los salarios y prestaciones sociales a más tardar el 30 de noviembre de 2015; **8)** El 19 de febrero de 2016, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entró en proceso de reorganización; y **9)** El 06 de julio de 2016 elevó reclamación administrativa ante el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, sin que se efectuara pronunciamiento por parte de éste.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fls. 69 a 96), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, carencia de causa y objeto, inexistencia de la relación laboral, buena fe, ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad, y la genérica.

Aceptó que el 09 de diciembre de 2015, LIBERTY SEGUROS S.A. expuso que no pagaría salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores en misión, ya que no se pagó en debida forma la factura 42240, puesto que esta fue reconocida a un tercero; que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encuentra en proceso de reorganización desde el 19 de febrero de 2016; y que no hizo pronunciamiento acerca de la reclamación administrativa elevada por la actora.

Indicó que le corresponde a la parte actora acreditar la existencia de una relación laboral, en especial, la subordinación, debiéndose demostrar que la actora efectuó sus actividades de conformidad con los parámetros, órdenes, y horarios señalados por el contratante; que deben estar suficientemente demostrados los extremos temporales de la relación laboral; que la forma que ha actuado de buena fe, dado que, no se tiene evidencia que la

accionante hubiera prestado sus servicios personales en calidad de trabajadora en misión en su favor o beneficio, que la actora hubiese recibido órdenes, que la accionante cumplió horario y jornada de trabajo en sus instalaciones, y que fue quien realizó el pago de salario a favor de la demandante; y que la demandante únicamente fue remitida por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como trabajadora en misión

LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 225 a 235), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, ausencia de cobertura bajo la póliza de LIBERTY SEGUROS S.A., agravación del estado del riesgo, y falta de demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

Aceptó que el 06 de noviembre de 2015, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO lo requirió para el pago de las liquidaciones de los trabajadores en misión de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; que tal solicitud se hizo con fundamento en las pólizas 2436541 y 2533998, las que se tomaron en virtud de los contratos de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015 celebrados entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; y que el 09 de diciembre de 2015 le señaló al FONDO NACIONAL DEL AHORRO que pagaría los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Indicó que los siniestros reclamados no están cubiertos por las pólizas expedidas, pues el FONDO NACIONAL DEL AHORRO aceptó la cesión de la factura 42240 y posteriormente, giró esos dineros a un tercero, pese a que con estos se hubiere podido pagar la liquidación final de los trabajadores en misión; que es obligación del asegurado evitar la extensión y propagación del siniestro, no obstante, al destinarse la factura 42240 a un fin

diferente, se propició la extensión del riesgo; que no se acreditó la pérdida, siendo insuficiente la simple aportación de un listado y el cruce de unos correos para demostrar los salarios y prestaciones que no se reconocieron; y que las sanciones moratorias no gozan de ninguna cobertura, así como tampoco las vacaciones al no ser prestaciones sociales.

Finalmente, **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** contestó a través de curador ad litem (fls. 286 y 287), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, no propuso excepciones de mérito, y manifestó que los correspondientes hechos debían probarse.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a reconocer y pagar a la demandante los siguientes valores y conceptos:

- A.** \$933.333 cesantías.
- B.** \$119.466 intereses a las cesantías.
- C.** \$933.333 primas.
- D.** \$464.236 vacaciones.
- E.** Suma diaria de \$58.333,33 hasta por 24 meses, y a partir de la iniciación del mes 25, contado desde la misma ocasión, se fulminará condena por intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta cuando se produzca el pago de la condena por concepto de prestaciones sociales.

Se fulmina condena en contra de LIBERTY SEGUROS S.A. por el valor de las prestaciones sociales objeto de condena, prima de servicios y cesantía.

Se **ABSUELVE** de las restantes pretensiones de la demanda.

Costas a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

En síntesis, refirió que está acreditado que la demandante laboró del 19 de marzo al 30 de septiembre de 2015 con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como trabajadora en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, desempeñando el cargo de Comercial III; que al no demostrarse el pago de prestaciones sociales y vacaciones, la actora tiene derecho a éstos rubros; que hay lugar a reconocer indemnización moratoria por la falta de pago de prestaciones sociales; que no se accede a la solidaridad del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ya que la relación jurídica entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y la parte actora se llevó a cabo conforme al ordenamiento jurídico, pues en tales eventos existe una delegación del poder subordinante, y el trabajador en misión desarrolla labores propias del objeto social de la empresa a favor de la que se prestan tales servicios; y que conforme póliza de seguros 2436541 se aseguraron las prestaciones sociales de los trabajadores remitidos en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO por parte de LIBERTY SEGUROS S.A., por lo que debe asumir el pago de tales valores, no siendo así con la sanción moratoria al establecerse su cobertura en la aludida póliza.

IV. APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Manifestó que se debe condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador, como quiera que hubo una contratación ilegal, ya que únicamente se puede contratar personal temporal en unas circunstancias o eventos específicos contemplados en el artículo 6 del Decreto 2369 de 2006; que la actora fue contratada para realizar labores propias del giro ordinario del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, esto es, como Comercial III, cargo en el que la actora vendía y promocionaba los productos de dicha demandada, tal y como se desprende de la declaración de María Angélica Velásquez; y que por lo anterior,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00446 -02

Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**

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

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. fue un simple intermediario, por demás que de conformidad con el interrogatorio de parte absuelto por la actora quedó demostrado que todos los trabajadores del FONDO NACIONAL DEL AHORRO estaban con empresas temporales.

Finalmente, manifestó que LIBERTY SEGUROS S.A. también aseguró la cobertura de indemnizaciones, por lo que debe responder de igual manera por estas.

LIBERTY SEGUROS S.A.

Explicó que para ser proferida condena en su contra debe existir un análisis de la cobertura de las pólizas de seguro, lo que únicamente es viable si el asegurado es condenado, esto es, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y LIBERTY SEGUROS S.A. para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable tener como verdadero empleador de la demandante al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; si a cargo de LIBERTY SEGUROS S.A. está a cargo de las obligaciones laborales objeto de condena; y de ser favorable el anterior interrogante, que condenas debe asumir LIBERTY SEGUROS S.A.

EMPRESAS TEMPORALES Y TRABAJADORES EN MISIÓN.

Las empresas de servicios temporales E.S.T - son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. Igualmente, conforme al artículo 77 ejusdem, se limita el ámbito de la colaboración a las siguientes tres situaciones:

1. La tradicional del artículo 6 del C.S.T., vale decir, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono;
2. Cuando el tercero requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;
3. Cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00446 -02

Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**

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

nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 29 de octubre de 2014 con Rad. 58172, así como en la **SL692-2019**, hizo hincapié en cuanto a que en este tipo de casos en los que la empresa temporal envía personal en misión, se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados; y que tales servicios no se practican con medios propios sino en las dependencias de la usuaria.

En suma, la citada corporación, en sentencia con **radicado 9435**, reiterada el 17 de octubre de 2008, **Rad. 28470**, así como en la **SL4330-2020**, estableció que si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas, o que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso con la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la empresa usuaria era la de utilizar los servicios del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El 17 de noviembre de 2014, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. tomó la póliza N° 2436541 con LIBERTY SEGUROS S.A., la que es de cumplimiento a favor de entidades estatales Decreto 1510 de 2013, para la cobertura de salarios y prestaciones sociales

de sus trabajadores en misión, siendo el asegurado el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y que tiene vigencia del 26 de noviembre de 2014 al 26 de mayo de 2018 (fls. 28 y 29); póliza de cumplimiento que incluye dentro de los amparos de pagos de salarios y prestaciones sociales legales indemnizaciones laborales (fls. 138 a 143).

- ii)** El 26 de noviembre de 2014 y el 01 de julio de 2015, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO celebraron los contratos No. 275 de 2014 y No. 147 de 2015, respectivamente, que tuvieron por objeto la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fls. 110 a 130).
- iii)** Nayith Elizabeth Arévalo Garzón fue contratada el 19 de marzo de 2015 por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., para que prestara sus servicios en el cargo de Comercial III en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fls. 12 a 17).
- iv)** El 01 de julio de 2015, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. tomó la póliza N° 2533998 con LIBERTY SEGUROS S.A. para la cobertura de los salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores en misión, siendo el asegurado el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con vigencia del 01 de julio de 2015 al 01 de octubre de 2018 (fls. 30 y 31); póliza de cumplimiento que incluye dentro de los amparos de pagos de salarios y prestaciones sociales legales indemnizaciones laborales (fls. 138 a 143).
- v)** El 06 de noviembre de 2015, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO solicitó a LIBERTY SEGUROS S.A. el pago de las acreencias laborales de los trabajados en

misión enviados por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en virtud de la cobertura establecida en las pólizas N° 2436541 y 2533998 (fls. 18 a 20)

- vi)** El 09 de diciembre de 2015, LIBERTY SEGUROS S.A. no accedió a la solicitud elevada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fls.21 a 26).

En el proceso se recibió la declaración de la señora **María Angélica Velázquez Ovalle**, testimonio que fue tachado y fue estudiado con mayor rigurosidad, dada su calidad de demandante en un proceso de similares características como indicó en su declaración. Atendiendo lo anterior, además de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, a juicio de la Sala tal declarante ofrece credibilidad, pues resulta fidedigna su declaración, y no se observan contradicciones en su dicho.

En efecto, la testigo en mención, en lo que interesa al proceso, señaló que laboró como trabajadora en misión de 2015 a 2017 en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO; que estuvo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., de abril a septiembre de 2015; que desempeñaba el cargo de Comercial III, el cual consistía en atender clientes, recibir afiliaciones y realizar asesorías; que conoció a la demandante porque fueron compañeras de trabajo, y que se veían en las capacitaciones conjuntas, que las funciones de la demandante eran recibir trámites de la Gobernación; que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO era quien enviaba a los trabajadores a sus puntos de atención; que su jefe inmediata era Argelia Beltrán, quien dependía de la gerente del área comercial del FONDO NACIONAL DEL AHORRO; que las órdenes como cumplir horario de trabajo provenían de los asesores del FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que la demandante rindió informes, los que se rendían en las capacitaciones con la señora Argelia Beltrán.

Así mismo, no se advierte que la demandante en su **interrogatorio de parte** hubiese incurrido en confesión, pues manifestó que fue trabajadora para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO; que las instalaciones donde trabajaba pertenecían al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que la Coordinadora, Argelia Beltrán, quien estaba vinculada con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPOLES S.A., era quien revisaba el cumplimiento de sus funciones, así como la persona encargada de impartir las correspondientes capacitaciones.

Así las cosas, resulta menester resaltar que para que pueda ser considerado verdadero empleador el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, tal como lo pretende la activa, es necesario que aparezca acreditado en los términos de la sentencia SL4330-2020, antes aludida, que el marco temporáneo resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas en el ordenamiento jurídico, esto es, seis meses prorrogables hasta por seis meses más, y que se haya trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Así, la Sala procede a verificar el **marco temporáneo de la relación laboral** encontrando que se desarrolló del 17 de marzo al 30 de septiembre de 2015, esto es, por 6 meses y 14 días, por lo que es claro, en primer lugar, que no se superó la temporalidad establecida en el ordenamiento jurídico, que es de máximo un año.

Por otra parte, y en relación con una presunta **transgresión de la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990**, es necesario tener en cuenta que conforme la demandante desempeñaba el cargo de Comercial III, que según la declaración de María Angélica Velásquez Ovalle en la ejecución de tal cargo era la atención de clientes, recibir afiliaciones, y realizar

asesorías, funciones que a juicio de la Sala tenían vocación de permanencia, puesto que guardan relación directa con las actividades del FONDO NACIONAL DEL AHORRO que están plasmadas en el artículo 3 de la Ley 432 de 1998, siendo una de estas la de *“adelantar programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados”*, para lo que se hace necesario que su personal atienda clientes, reciba afiliaciones y efectúe asesorías.

De esta manera, evaluada la prueba recaudada es dable establecer que las funciones que desarrolló la actora no eran ocasionales, accidentales, o transitorias distintas de las actividades propias del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, máxime si se tiene en cuenta que los contratos 275 de 2014 y N° 147 de 2015 celebrados entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. tuvieron por objeto el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de **crecimiento y expansión** del primero.

Del mismo modo, no observa la Sala que se hubiere acreditado que la accionante fue contratada con el fin de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, así como tampoco para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, pues como quedó dicho está acreditado que la vinculación de la actora tenía por objeto cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y no de forma alguna, afrontar un incremento en la producción, transporte, y ventas, que se entiende que es eminentemente temporal. Al respecto, en sentencia SL4388-2021, estableció:

Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**

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

“En efecto, con las certificaciones visibles a folios 51 y 52 del expediente, queda claro, entre otras cosas, que el cargo desempeñado por la demandante fue el de Comercial I. Según el listado de funciones asignadas al cargo de auxiliar comercial, el cual reposa a folio 54 con el membrete del Fondo Nacional del Ahorro, se observa que eran, entre otras, las de adelantar acciones comerciales con el objeto de captar créditos de vivienda, educativos y afiliaciones al Fondo, revisar las solicitudes de crédito, dar información, recibir, atender y tramitar las solicitudes presentadas por los afiliados y clientes relacionadas con el portafolio de servicios ofrecido por la entidad, entre otras.

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

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

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

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

se ve en las certificaciones y en los contratos ya aludidos, ella laboró continua e ininterrumpidamente para el Fondo Nacional del Ahorro desde el 5 de septiembre de 2012 hasta el 24 de noviembre de 2015”.

Por lo anterior, considera la Sala que al ser las funciones de la demandante, acordes y permanentes con la actividad que ejecuta el FONDO NACIONAL DE EL AHORRO, es dable tener a éste como su verdadero empleador.

En este punto, igualmente se hace necesario aclarar que en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 35 del C.S.T., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., al resultar un mero intermediario, es solidariamente responsable de las condenas impuestas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, recuérdese que dicha norma dispone, “3. *El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas*”, por lo que, se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero de la sentencia**, en el sentido de establecer que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como mero intermediario, deben reconocer y pagar las acreencias laborales objeto de condena.

COBERTURA PÓLIZA DE SEGUROS.

Al respecto, es necesario advertir que le asiste razón a LIBERTY SEGUROS S.A. en que no habría lugar a imponerle condena alguna, pues el asegurado, esto es, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no fue objeto de condena en primera instancia; no obstante, y como quedó visto, en esta instancia, se arribó a una conclusión diferente, pues dicha entidad, en solidaridad con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., debe asumir como verdadero empleador las acreencias laborales objeto de condena,

por lo que, tal argumento resulta insuficiente para derruir la condena impuesta en su contra.

Por otra parte, y en lo que respecta a lo señalado por el apoderado de la parte actora frente a la cobertura de la póliza de cumplimiento respecto de las **indemnizaciones laborales** es necesario acudir a la literalidad de la aludida póliza para determinar que obligaciones están a su cargo, encontrando expresamente que señala lo siguiente:

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

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

ESTA GARANTÍA NO SE APLICARÁ PARA LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN EN SU TOTALIDAD FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO AL NACIONAL". (Fl.139).

Conforme a lo anterior, le asiste razón al apoderado de la parte actora, en cuanto a que dentro de la cobertura de las pólizas de cumplimiento sí estaban las indemnizaciones laborales, por lo que, se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que LIBERTY SEGUROS S.A., en adición a las prestaciones sociales que le impusieron, también debe asumir el pago de la sanción moratoria la que deberá reconocer teniendo como limite el monto del valor asegurado a través de las póliza de cumplimiento 2436541 y 2533998.

VII. COSTAS.

Sin costas en instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00446 -02
Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**
Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, Y LIBERTY SEGUROS S.A.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como mero intermediario deben reconocer y pagar las acreencias laborales objeto de condena; y que LIBERTY SEGUROS S.A. en adición a las prestaciones sociales debe asumir el pago de la sanción moratoria, la que deberá reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de las póliza de cumplimiento 2436541 y 2533998.

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

TERCERO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

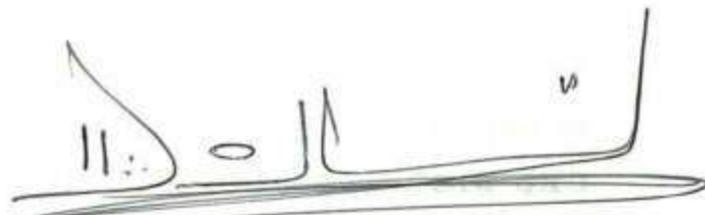
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2016-00446 -02

Demandante: **NAYITH ELIZABETH ARÉVALO GARZÓN.**

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2017-00598 -02

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ISAAC HUERTAS SALAZAR** promoviese contra **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS- INDEGA S.A y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende se declare la existencia de un contrato realidad con

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

INDEGA S.A. Como consecuencia de lo anterior, que sea reintegrado al cargo que venía desempeñando al momento de su despido o a otro de superior categoría, y que sea reconocido por parte de las demandadas en solidaridad, salarios, aumentos salariales, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones dejadas de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones argumentó que: **1)** El 02 de mayo de 2007 se vinculó a INDEGA S.A. a través de la empresa Ayuda Integral, para desempeñar el cargo de *Verificador*, con un salario mensual de \$1'920.000; **2)** Su jefe inmediato pertenecía a INDEGA S.A.; su labor era permanente, cumplía sus funciones en las instalaciones de INDEGA S.A.; **3)** INDEGA S.A. tenía por objeto social la fabricación de jarabes, la producción y transformación de bebidas alimenticias; **4)** Se encuentra afiliado a la organización sindical ASOTRAINCOC; **5)** ASOTRAINCOC le presentó a INDEGA S.A. un pliego de peticiones; **6)** Fue despedido el 24 de septiembre de 2013; y **7)** Al momento de su despido no se había solucionado el conflicto colectivo entre ASOTRAINCOC e INDEGA S.A.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

INDEGA S.A. (fls. 83 a 96), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la causa y de la obligación,

improcedencia del reintegro, prescripción, buena fe, y compensación.

Aceptó que el objeto social de INDEGA S.A. es la fabricación de jarabes, la producción y transformación de bebidas alimenticias.

Indicó que entre INDEGA S.A. y Contactamos Servicios Ltda. hoy CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. existe un contrato de servicios en las labores de operaciones, optimización de procesos y reprocesos, respecto de la que no tiene ningún tipo de injerencia, control ni administración; que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. es completamente autónoma en el desarrollo de sus labores, puesto que no participa en la contratación de su personal, así como tampoco en la forma como personal ejecuta sus actividades, ni ejecuta actividades subordinantes; y que si el actor desempeñó el cargo de Verificador, este proceso estaba a cargo de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.

Adujo que el pliego de peticiones elevado por ASOTRAINCO no cumplía con los requisitos legales para su elaboración, aprobación y presentación, pues ninguno de los trabajadores que hacían parte de esa organización sindical tenía contrato de trabajo con INDEGA S.A.; y que se inició proceso sumario para lograr la liquidación de ASOTRAINCO, acción que resultó favorable y en la que se profirió sentencia de segunda instancia el 25 de mayo de 2016.

CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. (fls. 217 a 221) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó, inexistencia de contrato realidad con INDEGA S.A.

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

Aceptó que el objeto social de INDEGA S.A. es la fabricación de jarabes, la producción y transformación de bebidas alimenticias; que el actor se encontraba afiliado al sindicato ASOTRAINCOG; y que el demandante desempeñaba sus funciones en las instalaciones de INDEGA S.A.

Indicó que el 21 de septiembre de 2008 celebró contrato de trabajo con el accionante bajo la modalidad de obra o labor, como Operador Logístico; que era quien ejercía el poder subordinante sobre el accionante; que no es empresa de servicios temporales, y que su objeto es la prestación de servicios especializados a diversas empresas, como lo es en este caso INDEGA S.A.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

INDEGA S.A. llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 163 a 165).

LIBERTY SEGUROS S.A. de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, así como al llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito las que denominó ineficacia del llamamiento en garantía, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, prescripción laboral, prescripción comercial- Extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación, y la genérica.

Expresó que no fungió como empleador del demandante; que INDEGA S.A. no es empleador del accionante, por lo que, no es el llamado a amparar el pago de salarios y prestaciones sociales respecto de las acreencias a cargo de este; y que la póliza excluye de cubrimiento cualquier derecho convencional o derivado de pacto colectivo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a INDEGA S.A. a reconocer y pagar al demandante la suma de \$679.400 por concepto de indemnización moratoria. Se absuelve de las demás pretensiones de la demanda. Costas a cargo de INDEGA S.A.

En síntesis, refirió estar acreditado que el demandante fue vinculado a través de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. el 21 de septiembre de 2008 como Operador Logístico, que laboró hasta el 18 de junio de 2013; y que entre CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. e INDEGA S.A. se celebró un contrato de prestación de servicios de labores operacionales.

Adujo que conforme a la prueba testimonial es dable establecer que el demandante realizó sus labores bajo la subordinación de INDEGA S.A., recibiendo órdenes de parte de ésta, por demás que prestaba sus turnos de trabajo en igualdad de condiciones que el personal de dicha compañía, los trabajadores de INDEGA S.A. tenían funciones iguales o similares a las del actor, quien suministraba los elementos de trabajo era INDEGA S.A., que los permisos, y control de horarios del actor se efectuaba por Carlos Vargas, quien estaba vinculado a INDEGA S.A.

Explicó que no se probó la existencia del conflicto colectivo, ya que el contrato feneció el 18 de junio de 2013, y el pliego de peticiones se elevó el 19 de enero de 2012; que el pliego de peticiones se devolvió por que la organización sindical ASOTRAINCO no estaba constituida en debida forma, argumento que posteriormente encontró su fundamento en la sentencia que declaró su ilegalidad; y que por lo anterior, no es

dable establecer la existencia de un conflicto colectivo ni ordenar el reintegro del trabajador por fuero circunstancial, pues ASOTRAINCOC no se constituyó en debida forma, y por ende, el sindicato no tuvo la fuerza legal para iniciar un conflicto colectivo.

Expuso que se acreditó el hecho del despido con la carta de terminación entregada al actor; y que se demostró la justa causa, puesto que admitió en descargos que incumplió con sus obligaciones y que cometió una falta grave al no contabilizar las estibas.

En último término señaló, que se imponía condena por indemnización moratoria, ya que se realizó el pago de la liquidación final de prestaciones sociales el 28 de junio de 2015, presentándose una mora de diez días; y que no se accede al llamamiento en garantía, dado que la condena únicamente versa sobre indemnización moratoria y esta ampara salarios y prestaciones sociales.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Manifestó que una vez es declarado el contrato de trabajo entre el actor e INDEGA S.A. no puede tenerse en cuenta la carta de despido emitida por la empresa intermediaria, pues en tal entendido le faltaría legitimación a ésta para dar por finiquitado el vínculo laboral; que no está acreditada la justa causa, máxime si se tiene en cuenta que no se aportó reglamento interno de trabajo o convención colectiva para determinar que la falta del actor fue grave; y que no existe constancia que INDEGA S.A. hubiera autorizado a un tercero terminar el contrato de trabajo.

Expresó que no se puede tener en cuenta la sentencia que declaró la ilegalidad de ASOTRAINCO, pues es posterior a la presentación del pliego de peticiones, por lo que desde el momento que se elevó no se podía efectuar el despido del actor, pues estaba la empresa en obligación de iniciar la conversación por pliego de peticiones, conflicto que sólo puede terminar con la firma de la convención o con el laudo arbitral, de ahí que debió tenerse por acreditado el reintegro al ostentar el actor fuero circunstancial.

INDEGA S.A.

Expuso que no existe relación laboral con el accionante, y por el contrario, celebró un contrato de prestación de servicios con CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., para que se efectuaran funciones de logística, es decir, las que no hacían parte de su objeto social, tales como las de distribución de productos; que las funciones del actor como Verificador no tenían relación con su objeto social; que lo anterior se logra extraer del dicho del testigo Rodrigo Calderón, quien además indicó que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. gozaba de total autonomía en el desarrollo de sus labores, por demás que contaba con supervisores que eran los que impartían órdenes e instrucciones a su personal, ejercía por su cuenta procesos disciplinarios, pagaba salarios y prestaciones sociales, hacía las capacitaciones, que brindaba beneficios como casino, y brindaba las herramientas de trabajo y elementos de protección personal; y que por lo dicho, no es dable acceder a la condena por sanción moratoria, pues no ejerció como verdadero empleador del actor.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de INDEGA S.A. para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si en virtud del principio de la primacía de la realidad el verdadero empleador del actor es INDEGA S.A.; si el actor gozaba de fuero circunstancial; y si está acreditada la justa causa de terminación del vínculo laboral.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

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

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

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

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

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le

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

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

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

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En un caso de similares características, y en donde también estuvo vinculado como parte un *outsourcing*, para determinar si existió un contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3318-2018, dispuso:

“Ahora, en relación con el contrato suscrito entre las empresas involucradas, cuyo objeto se circunscribió, como se anunció en los términos de referencia, a la contratación del *«suministro de servicios para realizar actividades operativas comerciales las cuales están relacionadas con el manejo de vehículos propiedad de Emcali para el desplazamiento dentro de su jurisdicción en relación con las revisiones de servicios»*, se debe advertir que el juez plural no incurrió en el dislate que se endilga. Por el contrario, la sentencia refiere explícitamente la existencia del nexo laboral con base en ese preciso elemento de prueba (folio 12, cuaderno del Tribunal).

En efecto, el juez colegiado concluyó que estos documentos probaban la existencia de un acuerdo entre las sociedades involucradas para suministrar personal, inferencia que no dista de lo que esas pruebas acreditan, solo que, en conjunción con la apreciación de otros elementos de acreditación, encontró que en realidad el demandante estuvo sometido a la subordinación jurídica que le permitió afirmar que, en realidad, se trató de una relación laboral.

La Sala recuerda que en la sentencia confutada no se niega la existencia del acuerdo celebrado entre Emcali E.I.C.E. E.S.P y Serviremos S.A.S. Por el contrario, y precisamente partiendo del reconocimiento de lo pactado, el colegiado consideró la

existencia del acuerdo, pero estimó que las partes suscriptoras actuaron en contravención, y por ello fulminó las condenas deprecadas, al considerar que si bien las partes acordaron la independencia en la ejecución de la labor, lo cierto fue que «EMCALI pasó por alto que no debía existir intromisión o injerencia (...) respecto de aquellas obligaciones a cargo del tercero contratista, como lo era ejercer la subordinación respecto [de] su personal; siendo tal su nivel de injerencia, que desdibujó los convenios celebrados». Conclusión que no se desvirtúa con la argumentación dirigida a ratificar los términos de la contratación. (...)».

DEL FUERO CIRCUNSTANCIAL.

El fuero circunstancial es un mecanismo de protección del que gozan los trabajadores que presentan un pliego de petición a su empleador que impide que este los despida sin justa causa. Este beneficio está contenido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965:

“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

Como se sabe, el diferendo colectivo tiene su origen en la presentación del pliego de peticiones al empleador, bien sea por parte de la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados y tal acontecimiento trae consigo una serie de obligaciones para ambas partes así: para el empleador, la de dar inicio a la etapa de arreglo directo y recibir a los representantes del sindicato o grupo de trabajadores en los plazos estipulados en el artículo 433 del Estatuto Laboral; y para estos últimos, la de realizar todas las gestiones administrativas –artículo 433, numeral 2.º ibidem- y judiciales que estén a su alcance **con el fin de promover el inicio de las conversaciones de arreglo directo e impulsar el proceso de negociación** Véanse al respecto las sentencias SL3429-2020 y SL4323-2021. En esta última la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., dijo:

En relación con el conflicto colectivo de trabajo, esta Corporación tiene adoctrinado que nace a la vida jurídica con la presentación del pliego de peticiones, ya sea por la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, así como que el mismo genera consecuencias inmediatas tales como el inicio de la etapa de arreglo directo y el nacimiento de figuras que propenden por la protección del derecho de asociación sindical y la estabilidad en el empleo, verbigracia, el fuero circunstancial (ver sentencias CSJ SL, 23 nov. 2010, rad. 33677 y CSJ SL229-2019).

Tal criterio, ha sido reiterado, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL1974-2018, CSJ SL16788-2017, SL14066-2016 y SL6732-2015".

Así mismo, en sentencia **SL4072-2021** la Alta Corporación explicó frente a la duración del conflicto colectivo, que, si bien en principio el fuero circunstancial opera durante la negociación colectiva y que se mantiene hasta que se termina el conflicto, debe existir un interés de las partes en finiquitarlo, de manera que si el empleador no inicia las correspondientes negociaciones, deberá la organización sindical promover las acciones correspondientes para promover el inicio de las conversaciones e impulsar el proceso de la negociación, pues **de lo contrario se entiende que declinó de sus pedimentos.**

DEL DESPIDO INJUSTO

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse

por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Así mismo, es necesario resaltar que conforme al artículo 32 del C.S.T. son representantes del empleador sus intermediarios:

“ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL {EMPLEADOR}. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

(...) b) Los intermediarios”.

En consonancia con lo anterior, en sentencia SL2667-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó:

“Ahora, el hecho de que la comunicación que notifica el rompimiento del nexo hubiera sido suscrita por una funcionaria de la empresa Atiempo Servicios Ltda. en modo alguno le resta eficacia a tal decisión, pues precisamente con ocasión de las conclusiones a las que arribó el Tribunal, dicha empresa tenía la calidad de simple intermediaria y el verdadero empleador era Seatech International Inc, **por lo que los actos realizados por aquella tienen la virtud de comprometer a ésta**”.

VII. DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia en el proceso, los hechos relativos a que: **i)** el demandante Isaac Huertas Salazar laboró para AYUDA INTEGRAL S.A., mediante contrato de obra o labor, como Revisor de Envase desde el 09 de mayo de 2007 y hasta el 18 de junio de 2016 (fls.34, y 266 a 271); **ii)** que se vinculó mediante contrato de trabajo de obra o labor el 21 de septiembre de 2008 a CONTACTAMOS SERVICIOS LTDA., para desempeñar el cargo de Operador Logístico en la actividad de Verificador en las instalaciones de INDEGA S.A. (fls. 31 a 33); **iii)** que entre INDEGA S.A. y CONTACTAMOS SERVICIOS LTDA. se celebró una oferta de prestación de servicio, el 21 de septiembre de 2008 en la que el último se obligó a prestar los servicios de optimización de los procesos y re-procesos que se encuentran encaminados al cumplimiento de la misión, visión, y sistema de calidad en diferentes áreas de la destinataria; (fls. 140 a 160), oferta que fue renovada los días 01 de octubre 2009 y el 02 de octubre de 2011, en la que se conservaron las mismas características y términos enunciados de la oferta del 21 de septiembre de 2008 (fls. 120 a 139); **iv)** que la organización sindical ASOTRAINCO, presentó pliego de peticiones a INDEGA S.A., el 30 de enero de 2012 (fls.98 a 111); **v)** que los días 12 y 18 de junio de 2013, el Jefe de Relaciones Laborales de CONTACTAMOS SERVICIOS LTDA. le notificó al actor que se le inició proceso disciplinario, por cuanto “presentó un incumplimiento al proceso de verificación al enviar el cargo con 121 cf de producto 20 Oz sobrantes en la ruta BN1270, representando una posible pérdida de inventario de \$3'460.600” (fls.264 y 265); **vi)** que por dichos hechos el actor fue escuchado en descargos el 18 de junio de 2013 (fls 266 a 271); **vii)** que el 18 de junio de 2013, el actor se afilió a ASOTRAINCO, lo que fue comunicado a INDEGA S.A. al día siguiente (fls.29 y 30); **viii)** que CONTACTAMOS SERVICIOS

LTDA. terminó su contrato de trabajo el día 18 de julio de 2016, argumentándose una justa causa en los términos de la misiva, visible a fls.268 y 268) y **ix)** que el 25 de mayo de 2016, el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral confirmó la sentencia proferida el 03 de mayo de 2016 por parte del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en la que se declaró la ilegalidad de la constitución del sindicato ASOTRAINCOC y ordenó cancelar su inscripción en el registro sindical (fls. 112 a 119 y 161) .

Al proceso comparecieron a rendir testimonio **Jarid Meneses Bermúdez y Carlos Vargas Fuentes y Roberto Carlos Calderón Turcios**, quienes manifestaron:

Jarid Meneses Bermúdez dijo en su condición de Auxiliar de Logística de INDEGA S.A., que los señores Carlos Vargas y Wilson Martínez eran personal de INDEGA S.A.; que el demandante trabajaba en Coca-Cola, por cuanto usaba los beneficios de ellos, tales como lavandería, ruta, máquina hangel, computadoras de la oficina, y estaba en los recintos de la oficina; que el actor entró como Armador y después estuvo como Verificador; que el demandante desempeñaba las mismas funciones que él; que la máquina hangel es de Coca-Cola; que el actor tenía su propio usuario; que habían tres coordinadores, Carlos Vargas, y dos personas con nombre Wilson, quienes eran los que les daban órdenes al igual que al personal de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el horario lo controlaban dichos coordinadores, pero que actualmente hay una programación para los de la compañía, y otra para los de CONTACTAMOS; que veía al actor con uniforme, botas, blue jean, chaqueta y camisas rojas de Coca-Cola; que actualmente el personal del outsourcing todavía cuenta y verifica, pero que ahora el personal de la compañía hace un conteo de lo que ellos hacen, pero que antes todos contaban lo mismo; que INDEGA S.A. en esa época cambiaba de temporal y las mismas personas que estaban ahí seguían, y Coca-Cola decía qué gente se iba, los organizaban

en dos filas, y los que quedaban en una fila se quedaban con la nueva temporal y a los otros los echaban; que en esa época la capacitación se brindaba sobre cómo contar, digitar, porque no tenían ningún título de ingenieros o similar, así que venían personas de otros países y ciudades, y que éste era personal de Coca-Cola; que el inventario era realizado por parte de INDEGA S.A. y su personal; que la labor de inventario era igual a la de verificador; que en 2013 en inventarios contaban todos; que el actor tenía las mismas labores que él, pese a que él era del outsourcing; que el conteo que se hace a un carro es de tres, el armador que es el que mira y entrega, el verificador quien está ahí revisando cuando llega al selectivo, y el señor que entrega el producto antes de salir de la planta tiene que verificar que carga lleva el carro, si lleva más, tiene que avisar o si lleva menos, igual y ver qué fue lo que pasó; que tienen orden de informar cualquier irregularidad a su jefe; que no se puede dejar salir un camión con más o menos cajas; que el actor tuvo una capacitación en México y el pago de los tiquetes lo hizo INDEGA S.A., lo que le consta porque ese mismo día que al actor le dieron los tiquetes, se lo dieron también a Carlos Vargas; y que los procesos disciplinarios eran hechos por Carlos Vargas y Carlos Niño, quienes eran jefes de INDEGA S.A.

Carlos Vargas Fuentes en su condición de Especialista de Operaciones INDEGA S.A. manifestó que conoció al demandante porque trabajó con él en la parte de operaciones, que es la parte donde se carga o descargan vehículos, se hacen inventarios, y se tiene custodia de bodega; que lo anterior es en las instalaciones de INDEGA S.A.; que el actor fue desvinculado por un tema de una diferencia de un conteo, proceso que fue adelantado por el outsourcing; que el cargo del actor era Verificador; que como Verificador el trabajo del actor era contar el vehículo con una planilla o hoja de carga que se le da, donde debe comparar que los números de carga y lo que lleva el vehículo físicamente es igual; y que de pronto otra función que se puede incluir en ese

tiempo es ayudar con los inventarios mensuales; que la hoja de carga la suministra INDEGA S.A.; que hay dos tipos de verificaron, las salidas y las entradas; que para la verificación de salida se utiliza la máquina hangel, que es de INDEGA S.A.; que el demandante utilizaba dotación dada por el operador, la que tenía el logo del outsourcing; que el demandante recibía órdenes de trabajo de parte de INDEGA S.A. a través de los coordinadores de operaciones, Wilson Martínez, Wilson Fabián Mota, y él; que el demandante cumplía horario de trabajo, pero que los turnos los fijaba el operador; que dentro de los verificadores había personal contratado directamente por INDEGA S.A.; que los turnos entre el personal del outsourcing y de INDEGA S.A. coincidían; que al demandante el turno le fue asignado por el operador pero pese a eso coincidía con los del personal de compañía; que había control de cumplimiento del horario por parte de él y de los demás coordinadores, pero que también lo hacía el operador; que ellos le decían al actor directamente qué labores debía hacer dentro del rango de tiempo que tenían asignado; que el outsourcing también daba órdenes porque esto era compartido; que el actor podía pedirles permiso a ellos; que las capacitaciones las daba INDEGA S.A.; que el demandante recibió la capacitación por parte de INDEGA S.A.; que las funciones del demandante las desarrollaba de igual forma alguien de la compañía; que el demandante realizaba la función de inventarios, en la que la compañía dice que se tiene que contar todo el almacén, los recursos y metodología, entonces le pedían al operador que les suministraran las personas que sabían contar, y las vinculaban en la programación, lo que aún se hace; que la papelería que usaba el demandante era dada por INDEGA S.A.; que no le consta lo que pasó el día del conteo y el incidente con el demandante que generó su despido; que el Verificador nunca puede autorizar la salida, pues quien lo hace es la portería; que cuando hay inconsistencia en el conteo deben hacer un segundo y tercer conteo; que el verificador no tiene incidencia en el selectivo; que la solicitud frente a pedir personal del

operador iba dirigida a Roberto Calderón que es hoy en día el gerente de operaciones; que inicialmente las órdenes eran por parte del outsourcing, pero que ellos se veían inmersos en su labor porque no había una persona del operador que estuviera al 100%; y que el proceso de verificación es compartido.

Por su parte, **Roberto Carlos Calderón Turcios** dijo en su condición de Gerente de operaciones de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. que se obligaron a prestar los servicios de forma presencial en INDEGA S.A. desde el año 2010; que las funciones son mirar, controlar y dirigir las operaciones logísticas; que conoció al demandante porque él trabajó con el Outsourcing desde septiembre de 2008 hasta junio de 2013; que el actor era operador logístico en la modalidad de verificador; que como verificador el demandante debía mirar las cargas que se preparaban antes de que fueran colocadas en los camiones que salían de las instalaciones, así como su retorno; que las funciones las daba y diseñaba el outsourcing; que la maquinaria y todos los insumos que el actor requería para su función eran dados por el operador, así como la dotación; que el operario usó la máquina hangel que era propiedad de Coca-Cola; que la capacitación la realizaron ellos; que la hoja de carga es suministrada en el área de administración de pedidos; que el demandante no usó servicios de INDEGA S.A., pues con el casino el operador tenía un contrato directo; que el demandante recibía órdenes de la estructura jerárquica que inicia desde la gerencia de operaciones, que es él, y hacia abajo con los coordinadores y líderes de proceso en cada turno; que INDEGA S.A. no le impartió órdenes al actor; que él era quien otorgaba permisos; que en caso de haber una falta disciplinaria la adelantaban ellos; que en INDEGA S.A. no se tiene el cargo de verificador, ni alguien que cumpla con esas funciones; que al trabajador se le retiró de la empresa porque en sus funciones, él estaba agregando una estiba de más a un vehículo que estaba cargando, que él mismo la agregó y dio al instructor del montacargas la instrucción de

subirlo; que él realizaba la programación semanal; que el inventario mensual es una actividad realizada una vez al mes, e INDEGA S.A. pedía personal de apoyo para la realización del mismo porque no tenía el suficiente personal y quien designaba a las personas para que fueran allá era él; que le llegaron quejas de INDEGA S.A., pero que ésta no tenía la competencia para reclamar de forma directa al trabajador, pues tenía que generarse a través de la estructura organizacional del operador.

Pues bien:

En cuanto a la existencia del contrato de trabajo:

Del análisis integral de las probanzas incorporadas al proceso, para la Sala resulta acertada la decisión de la A Quo de tener por probado que el verdadero empleador del accionante era INDEGA S.A., puesto que se encuentra acreditado con los testimonios referidos que el accionante prestaba servicios en las instalaciones de dicha sociedad como Verificador; que el servicio se prestaba con las herramientas que ésta proporcionaba; que recibía órdenes y le era controlado el horario y sus funciones por parte de los señores Carlos Vargas, Wilson Martínez y Wilson Motta, quienes laboraban directamente al servicio INDEGA S.A.; que el demandante recibió capacitaciones por parte de INDEGA, que gozaba de beneficios del personal de Coca-Cola, que existía personal de INDEGA S.A. que desarrollaba las mismas funciones del actor; que INDEGA S.A. en esa época cambiaba frecuentemente de empresas de servicios temporales y que era ésta quien determinaba a qué trabajadores darles continuidad.

De otro lado debe resaltarse, conforme al certificado de existencia y representación legal de INDEGA S.A. obrante a folios 17 a 25 que, dentro del objeto social de ésta se tiene que *“La sociedad tendrá por objeto principal la producción de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas, bebidas no alcohólicas*

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

en general y productos alimenticios de cualquier índole. Así mismo, estará facultada para: A) La distribución y venta de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas y producción alimenticia de cualquier índole; (...) D) La fabricación, distribución, venta y arrendamiento de toda clase de productos y equipos relacionados en el literal A)"; por tanto, para la Sala es claro que el accionante desarrollaba funciones que estaban dentro del objeto social y giro ordinario de INDEGA S.A., pues la prestación del servicio encomendado al actor consistía en la distribución de los mercancías que producía INDEGA S.A., realizando el conteo y verificación de la distribución.

Así las cosas, le correspondía a INDEGA S.A. desvirtuar el elemento de la subordinación; no obstante, contrario a lo anterior, lo que se probó precisamente con los testimonios de **Jarid Meneses Bermúdez y Carlos Vargas Fuentes** es que INDEGA ejercía poder subordinante sobre el demandante a través de trabajadores directos de INDEGA S.A., le impuso horarios y reglamentos, le suministró las herramientas de trabajo y desarrolló la labor en las instalaciones de la demandada, así como que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S carecía de autonomía frente a INDEGA S.A., siendo insuficiente para el efecto, el testimonio de **Roberto Carlos Calderón Turcios**, puesto que de su declaración se logra evidenciar que el actor prestaba servicios propios del objeto social de la empresa; que si bien existían coordinadores de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. no se especifica claramente cómo operaban para la época de los hechos, pues no lo precisa; que para el desempeño de sus labores el demandante utilizaba la hoja de carga y la máquina hangel, que era de propiedad de INDEGA S.A.; que para el inventario mensual INDEGA S.A. pedía personal de apoyo para la realización del mismo porque no tenía el suficiente personal y que era él quien designaba a las personas para que fueran a colaborar; por lo que de dicha declaración no logra evidenciarse que fuera CONTACTAMOS OUTSOURCING quien verdaderamente

fungiera como empleador del demandante, razones que llevan a la Sala a **CONFIRMAR** en el punto la sentencia apelada al resultar demostrados los elementos propios de un contrato de trabajo para INDEGA S.A.

En cuanto a la garantía del fuero circunstancial:

La activa aspira a que se revoque en el punto la sentencia de primera instancia al considerar que al momento del despido el trabajador estaba amparado por dicha garantía foral.

En el análisis del material probatorio recaudado, se observa que, en efecto la organización sindical ASOTRAINCO presento al empleador pliego de peticiones el **30 de enero de 2012**; y que, para la fecha del despido del demandante afiliado a dicha organización sindical - **18 de junio de 2013** -no se había resuelto el conflicto colectivo.

Se tiene entonces que entre la fecha de la presentación del pliego de peticiones y la fecha del despido transcurrió un periodo considerable de tiempo esto es: un año, cuatro meses, y diecinueve días, por lo que en el análisis resulta prioritario esclarecer, si tal como se argumenta en el libelo genitor de la litis, para el momento del despido el trabajador gozaba de fuero circunstancial por cuanto si bien en principio este opera durante la negociación colectiva y que se mantiene hasta que se termina el conflicto, debe acreditarse que por parte del Sindicato existió un interés en finiquitarlo.

En el análisis de la prueba arrimada al proceso, debe concluirse que, si bien es cierto la organización sindical presento al empleador pliego de peticiones (fl 98 a 111) lo cierto es que el empleador fue renuente a iniciar conversaciones, con el pretexto - según se lee en el documento donde se plasmó el sello de recibido del pliego de peticiones de fl 98 a 111 - que

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

ASOTRAINCOC estaba ilegalmente constituida. No obstante, lo anterior, tampoco es menos cierto que no se acreditó con medio probatorio alguno que la organización sindical hubiese adelantado todas las gestiones administrativas –artículo 433, numeral 2.º C.S.T - y judiciales que estaban a su alcance con el fin de promover el inicio de las conversaciones de arreglo directo e impulsar el proceso de negociación; en otras palabras, pese a la renuencia del empleador de iniciar la etapa de arreglo directo guardó silencio y se abstuvo de utilizar los mecanismos de ley para forzarlo a las conversaciones, por lo que, a partir de ese hecho resulta plausible entender la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron.

Finalmente debe decirse que, en todo caso, los argumentos ventilados judicialmente por el empleador encontraron asidero en la determinación tomada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, quien el 26 de mayo de 2016 confirmó la providencia dictada el 03 de mayo de 2016 por parte del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se declaró la ilegalidad de la constitución del sindicato ASOTRAINCOC y ordenó cancelar su inscripción en el registro sindical, por las razones que allí se expusieron (fls. 112 a 119).

Por las breves consideraciones que anteceden la Sala acompaña los argumentos del A Quo que concluyeron que el actor no gozaba de fuero sindical, por lo que tal decisión se CONFIRMARÁ.

Frente al despido sin justa causa

La activa aspira a la revocatoria de la sentencia de primera instancia que negó la indemnización por despido injusto por estimar que, una vez declarado el contrato de trabajo con INDEGA

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

S.A., CONTACTAMOS OUTSOURCING no estaba legitimado para dar por terminado el vínculo laboral, aunado a que no existe constancia de que INDEGA S.A. hubiese autorizado a un tercero para terminar el contrato de trabajo; adicionalmente - dice - no se aportó reglamento interno de trabajo o convención colectiva para determinar que la falta del actor fue grave.

Frente al primer punto argumentativo debe decirse desde ya que la razón está del lado del A Quo, por cuanto como se indicó en acápite anterior de esta sentencia, conforme el art 32 del S.C.T., los intermediarios son representantes del empleador por lo que los actos realizados por aquél tienen la virtud de comprometer a éste.

Establecido que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. actuó como intermediaria y por tanto pudo comprometer los intereses de INDEGA S.A., se debe establecer si las actuaciones que desplegó para dar por terminado el vínculo laboral se encuentran ajustadas a derecho.

Al respecto, se advierte que el despido se encuentra acreditado con la carta de terminación de folios 268 y 269, en la que se dijo que:

"Se ha logrado evidenciar que usted faltó de manera fraudulenta, grave y flagrante a sus funciones como Verificador. De acuerdo con las pruebas recaudadas y los descargos por usted rendidos, se logró evidenciar que usted ordenó cargar el completo de coca cola, coca cola light y coca cola zero en la ruta BN1270, sin que dentro de la hoja de carga se encontrara esta orden. Este es un error grave, pues la estiba de 121 cajas físicas no pasa desapercibida en el camión, demostrando que usted sabía y conocía que este producto iba cargado en la ruta mencionada, y sin embargo, no solamente no ordenó bajarlo de la ruta, sino que negó haber participado en la misma, cuando la evidencia, efectivamente mostrada en el proceso, prueba que usted si tuvo conocimiento de este hecho Esta actuación es violatoria de las normas de la empresa, de sus valores y del servicio prestado al cliente. Existe además, reiteración de faltas a sus funciones como verificador. Cabe recordar el acta No.036 de 2013 del 20 de febrero de 2013, en donde se observa también que no cumplió a cabalidad sus funciones como verificador al dejar pasar la

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

tirilla sin que fuera firmada por el concesionario, siendo esta una de sus principales funciones”.

Evidenciadas las conductas endilgadas por el empleador como constitutivas de justa causa se procederá a estudiar si en efecto estas acontecieron y si en caso afirmativo las mismas constituyen o no justa causa.

Para cumplir tal cometido la Sala se remite en primer lugar al acta que contiene los descargos realizados al trabajador el 18 de junio de 2013, (fls 266 a 271). En dicha oportunidad una vez le fueron exhibidos los videos obrantes en el medio óptico de folio 162, el demandante aceptó que cometió el error de no contar las estibas, y que reconocía que había faltado de forma grave a sus funciones. En dicha oportunidad se decidió tomar la declaración de Fernando Alexander Santos Saavedra, quien, en su condición de Operador Logístico, y como encargado de cargar productos, afirmó que el accionante dio la orden de subir dichos productos al vehículo; lo que es coincidente con la declaración de Roberto Carlos Calderón Turcios, quien explicó que al trabajador se le retiró de la empresa porque él estaba agregando una estiba de más a un vehículo que estaba cargando, y que él mismo la agregó y dio al instructor del montacargas la instrucción de subirlo.

Así las cosas, debe en primer lugar advertirse que, al no arrimarse al plenario documento alguno que dé cuenta que las partes se obligaron en el reglamento interno de trabajo, contrato de trabajo u otro documento a seguir un procedimiento específico para el despido, lógico resulta que el empleador no debía agotar previo al despido un protocolo; no obstante se acreditó que, en todo caso el empleador garantizó el derecho de defensa al permitirle al trabajador ser oído en descargos antes de fenecerse el vínculo, por lo que se garantizaron sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la activa afirma que debió haberse accedido a la indemnización por despido injusto, por cuanto no se calificó como *grave* la falta cometida por el trabajador en pacto alguno suscrito entre las partes.

Frente al punto habrá de decirse que no le asiste razón al apelante en su argumento, pues, si bien es cierto que no se arrió al proceso prueba alguna que dé cuenta de la calificación como grave de la conducta cometida por el demandante en algún documento vinculante para las partes, también lo es que la calificación de la gravedad de una determinada conducta no le está atribuida solamente a las partes, sino también al juez de la causa, quien precisamente ante la ausencia de documentos que de manera concreta establezcan las conductas consideradas como graves y por ende como justas causas para terminar el contrato de trabajo puede entrar a valorar las mismas en aras a determinar la justeza o no del despido de conformidad con el art. 62 del C.S.T.

En el análisis de instancia, la Sala considera que en efecto el trabajador incurrió en error o negligencia grave, como quiera que dio la orden de cargar un vehículo transportador de la demandada con una estiba de **121 cajas** físicas de producto (gaseosas) sin que dentro de la hoja de carga se encontrara orden o respaldo alguno, hecho que como ya se dijo se aviene grave si se tiene en cuenta la no menor cantidad de cajas (121) involucradas en el descuido del trabajador. Por tanto, se encuentra que acreditado que el accionante incumplió de manera grave con sus obligaciones laborales, quedando inmerso en la justa causa de despido establecida en el literal A) numeral 6° del artículo 62 del C.S.T., motivo por el que su despido encuentra causa legal, razones por las que se CONFIRMARÁ en el punto la sentencia apelada.

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

Frente a la sanción moratoria.

Para solicitar su absolución INDEGA S.A., únicamente hizo referencia en su recurso, a que no había lugar a su imposición al no resultar el verdadero empleador del accionante, no obstante y como quedó visto, dicha empresa resultó conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas el verdadero empleador del demandante, sin evidenciarse en el proceso razones que acrediten buena fe en su actuar, motivo que lleva, sin más consideraciones a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VIII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

IX. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2017-00598 -02

Demandante: **ISAAC HUERTAS SALAZAR.**

Demandado: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.- INDEGA
S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S**

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

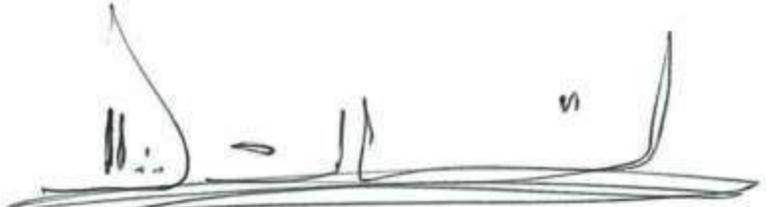
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ANGIE JULIETH SIERRA** promoviese contra **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 18 de junio de 2014 al 30 de octubre de 2015; y que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa. Como consecuencia de lo

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios, horas extras, dominicales y festivos, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, aportes a seguridad social, e indexación.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) El 18 de junio de 2014 fue contratada por Edgar Hernando Chala Garzón para atender público en el establecimiento de comercio de su propiedad, Asadero Capachos; **2)** Devengaba \$705.000, salario que se pagaba así: martes y miércoles, \$32.000 más \$8.000 por aseo; jueves, \$35.000, por arreglo de tubérculos; y viernes a domingo, \$28.000 el día; **3)** Los martes y miércoles efectuabas las funciones de arreglo de pescados y verduras, organización del mercado, preparación ají, y lavado de utensilios de cocina; el jueves arreglo de tubérculos; y de viernes a domingo, como Mesera; labores que incluían el aseo del establecimiento de comercio; **4)** Cumplía un horario de trabajo de martes a jueves de 8:00 A.M. a 5:00 P.M., y de viernes a domingo de 8:00 A.M. a 6:00 P.M.; **5)** Del 18 de junio al 13 de noviembre de 2014 desempeñó labores de Mesera, y el ingreso era martes y miércoles a las 6:00 A.M.; **6)** Entre el 24 de diciembre de 2014 y el 24 de enero de 2015 se cerró el establecimiento de comercio, por lo que, no percibió ninguna remuneración; **7)** El establecimiento de comercio le proporcionaba directamente el almuerzo, no obstante, debía consumirlo después de que se cerraras las puertas al público, esto es, de martes a jueves a las 3:30 P.M., y de viernes a domingo a las 5:00 P.M.; **8)** Laboraba de forma subordinada, atendiendo directrices y asistiendo a capacitaciones sobre manipulación de alimentos; asimismo, utilizaba los elementos que proporcionaba su empleador; **9)** El 03 de septiembre de 2015 fue hospitalizada en el Hospital El Tunal III Nivel de Atención E.S.E., siendo dada de alta el 04 de septiembre de 2015, atención que fue efectuada por el régimen subsidiado, tiempo que no le fue pagado por su empleador; **10)**

El 16 de octubre de 2015 le fue llamada la atención por no cumplir con sus labores de aseo; y por cuanto el 10 de octubre de 2015, había comentarios en redes sociales, los que por demás realizó otra trabajadora, Erika Velandia; **11)** El 17 de octubre de 2015 acudió a la Cruz Roja Colombiana, en donde se le diagnosticó una infección de vías urinarias y se le brindó incapacidad hasta el 18 de octubre de 2015, tiempo que no fue pagado por su empleador; **12)** El 30 de octubre de 2015 le terminaron su contrato de manera unilateral y sin justa causa porque presuntamente lavó un traperero en un lugar diferente al indicado; y **13)** Se intentó llegar a un acuerdo entre las partes, fruto de lo que le pagó a su favor la suma de \$377.323 el 05 de noviembre de 2015.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificado el convocado contestó en los siguientes términos:

EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN (fls. 40 a 48), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción extintiva de la acción, compensación, y la genérica.

Aceptó que la accionante fue contratada como Mesera y en oficios varios; que la demandante laboraba por días y horas; que devengaba \$705.000, salario que se pagaba así: martes y miércoles, \$32.000 más \$8.000 por aseo, jueves, \$35.000, por arreglo de tubérculos, y viernes a domingo, \$28.000 el día; que le proporcionaba a la actora el almuerzo una vez se cerraba el establecimiento de comercio, el que cerraba sus puertas de martes a jueves a las 3:30 P.M., y de viernes a domingo a las 5:00 P.M.; que a la actora se le llamó la atención el 16 de octubre de 2015; y que fruto de un acuerdo con la actora se pagó la suma de \$377.323.

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

Indicó que la demandante prestó sus servicios en dos lapsos diferentes, esto es, entre el 18 de julio hasta el 24 de diciembre de 2014, y del 05 de febrero al 30 de octubre de 2015; que las labores de la accionante era por días; que es la demandante quien intempestivamente decidió no volver a prestar sus servicios ante los llamados de atención que se le efectuaron; que pagó cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, salarios, dominicales y festivos, los que se incluían dentro de la remuneración diaria; y que el establecimiento de comercio no funciona en horario extra.

En último término, adujo que frente al primer periodo de relación laboral, las cesantías e intereses a las cesantías se encuentran prescritos, y que en cuanto al segundo periodo, los valores se pagaron a través de depósito judicial según suma que se acordó con la actora.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante, como trabajadora, y el señor demandado, como empleador y propietario del establecimiento de comercio ASADERO CAPACHOS, como empleador, existió un contrato de trabajo el cual inicio el 18 de julio de 2014 y terminó el 30 de octubre de 2015, por renuncia voluntaria de la demandante y devengando un salario de \$718.350, correspondiente al salario mínimo más auxilio de transporte, acorde con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo existente entre las partes, no se cancelaron de manera completa las prestaciones sociales.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior **CONDENAR** al demandado como propietario del establecimiento de comercio ASADERO CAPACHOS, a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas de dinero:

- Por cesantías la suma de: \$929.915.
- Por intereses a las cesantías la suma de: \$78.728.
- Por primas de servicio la suma de: \$929.728.
- Por vacaciones la suma de: \$464.957.

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

Menos la suma de \$377.929 que ya le habían sido cancelados por el demandante mediante depósito judicial, para un total de \$2.025.586.

• La suma de un día de salario por cada día de mora, por los primeros 24 meses, para un valor de \$17.352.000, a partir del inicio del mes 25 se condenará a la suma de intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la Ley.

CUARTO: CONDENAR al demandando como propietario del establecimiento de comercio ASADERO CAPACHOS, como empleador, al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensión durante todo el tiempo trabajado. El monto de las cotizaciones para pensión al fondo que elija la actora y en salud al ADRES.

QUINTO: ABSOLVER al demandando como propietario del establecimiento de comercio ASADERO CAPACHOS, de las demás pretensiones de la demanda incoadas en la demanda.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por el demandado en su contestación.

SÉPTIMO: Se condena en costas al demandando como propietario del establecimiento de comercio ASADERO CAPACHOS, y se tasan las agencias en derecho en 2 SMLMV

En síntesis, refirió que no declaraba ninguna tacha de sospecha, como quiera que los testigos Blanca Lilia Sierra, Yudy Fernanda Castillo, y Cesar Andrés Valdiri Rodríguez, eran trabajadores del establecimiento de comercio de propiedad del demandado, motivo por el que le constaba de forma directa los servicios prestados por la demandante; que de los testimonios y del interrogatorio de parte del representante legal del demandado es dable establecer que la accionante prestaba un servicios al accionado, por demás que sus funciones como mesera y de aseo, son propias de un vínculo laboral; que el cierre del establecimiento de comercio entre diciembre y enero, no interrumpió la relación laboral, pues fue por un lapso corto; y que el pago de un depósito judicial por concepto de prestaciones sociales, afirma el estar frente a una relación laboral.

Adujo que conforme certificación obrante en el plenario, la demandante devengaba \$650.000; que teniendo en cuenta tal remuneración no está acreditado, con el depósito judicial, el pago total de las prestaciones sociales y vacaciones de la actora, de modo que, hay lugar al pago de estas con el debido descuento, teniendo en cuenta el valor del depósito judicial efectuado; y que

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

al no obrar pago de aportes a seguridad social en salud y pensión, estos se deben efectuar.

Expuso que hay lugar a sanción moratoria, debido a que se buscó disfrazar la existencia de una relación laboral; que al demandarse luego de transcurridos 24 meses, se debe condenar al empleador al pago de indemnización moratoria hasta el mes 24 y a partir del mes 25, intereses moratorios; y que no es dable imponer indemnización por despido sin justa causa, pues no obra prueba de la que se pueda extraer el hecho del despido; que no se logró probar el haberse laborado horas extras.

En último término, manifestó que no operó la excepción de prescripción, dado que se demandó dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo laboral.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La **PARTE DEMANDADA.** manifestó que está acreditado que se presentó solución de continuidad en el contrato de trabajo existente entre las partes, ya que hubo dos periodos que fueron situados por los mismos testigos, el primero, de julio a diciembre de 2014, y el segundo, de febrero a octubre de 2015; que lo anterior permite que proceda la aplicación de la prescripción; que la demandante devengaba más de un salario mínimo legal, por lo que, al presentar la demanda después de los 24 meses por concepto de sanción moratoria únicamente se puede reconocer intereses moratorios; que en suma, a la accionante se le consignó un valor que fue considerado por el demandado como suficiente para cubrir sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta que hacía pagos diarios, y pagaba alimentación, por lo que, obró de buena fe, por demás que no existe prueba de que el empleador obró de mala fe.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 31 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la demandada para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si en la relación laboral existente entre las partes se presentó solución de continuidad; si operó el fenómeno prescriptivo; y si hay lugar a indemnización moratoria.

CONTRATO DE TRABAJO. SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD.

¹
En materia laboral y concretamente tratándose de la terminación y suscripción de nuevos contratos de trabajo mediando cortos periodos de tiempo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha estimado plausible tener la existencia de una sola relación laboral. En sentencia SL4816-2015 reiterada en la SL2857-2021 se determinó:

“Al respecto, en sentencia CSJ SL4816-2015, la Sala precisó:

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

Si bien en otros casos, como lo afirma el recurrente, esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos (...) (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada de mantener el vínculo con el demandante en esos periodos”.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La indemnización moratoria es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales. Al respecto, el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. establece:

“Artículo 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> 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, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial,~~ el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.”

La máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509** y la **SL1005-2021**).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

En el proceso no son materia de discusión los hechos relativos a **i)** la existencia del contrato de trabajo declarado por el A Quo, que no fue objeto de controversia por la pasiva, **ii)** la liquidación y sumas condenadas por el A Quo, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, así como aportes a seguridad social; **iii)** que el contrato de trabajo celebrado entre las partes terminó por renuncia voluntaria de la demandante y que; **iv)** el 5 de noviembre de 2015 se pagó a favor de la demandante la suma de \$377.323 mediante depósito judicial (fls. 19 y 20).

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

En el proceso se recibieron los testimonios de **Blanca Lilia Sierra, Yudy Fernanda Castillo, Cesar Andrés Valdiri Rodríguez, Cesar Augusto Robayo Robayo y Olga Lucia Castillo Pascagaza** quienes manifestaron:

Blanca Lilia Sierra dijo ser la madre de la demandante; que inicialmente trabajaba como Auxiliar de Cocina los fines de semana con el demandado, pero que después la señora que reemplazaba los fines de semana renunció y entonces quedó como fija en la cocina, de martes a domingo; que su hija los jueves pelaba yuca, y de viernes a domingo era mesera; que los martes y miércoles cuando no estaba trabajando, su hija era la encargada de trabajar en la cocina; que cuando su hija fue despedida se había enfermado, el demandado le pidió la incapacidad, se le llevó, pero éste no la quiso recibir; que su hija trabajó hasta octubre de 2015; que a la actora le pasaron un memorando porque un día no quiso sacar la basura; que a su hija no le pagaron la liquidación de prestaciones sociales, aunque le efectuaron un pago por depósito judicial; que el demandado no pagaba vacaciones; que trabajó desde el 15 de febrero hasta el 23 de diciembre del 2015; que en ese tiempo, su hija el jueves pelaba yuca, y de viernes a domingo era mesera, así como hacía el aseo del local; y que cuando ingresó a trabajar, la actora empezó a laborar únicamente cuatro días.

Por su parte, **Yudy Fernanda Castillo** manifestó que trabajó en el Asadero Capachos de febrero a junio de 2015 como mesera; que ingresaba a laborar a las 10:00 A.M.; que la actora llegaba más temprano que ella porque unos días pelaba yuca, y otros días era mesera; que la actora se ganaba \$8.000 de más, por cuanto realizaba labores de aseo y pelaba yuca; y que iba los día que ella iba; y que se les pagaba por días.

Cesar Andrés Valdiri Rodríguez expuso que laboró con la actora en el Asadero Capachos, donde estuvo desde 2011 como mesero; que la actora laboró en el 2014, y ahí estuvo de largo

hasta el día 30 de octubre del 2015; que la demandante cumplía funciones de mesera, pero que otros días hacía aseo desde temprano y colaboraba en la cocina, en esos días llegaba a las 6:00 A.M.; que la actora devengaba por día, pero como hacía cada día labores diferentes, le pagaban de forma diferente; que de 2014 a 2015, la demandante trabajaba de martes a domingo; y que el último año les empezaron a hacer llamados de atención por escrito.

Cesar Augusto Robayo Robayo adujo que trabaja para el demandado desde hace 16 años por prestación de servicios, manejando el grupo musical del asadero; que la demandante trabajó en dos periodos, de julio a noviembre de 2014, y de febrero a octubre de 2015; que la actora se desempeñaba como mesera; que a los meseros se les pagaba por día, e ingresaban a las 10:00 A.M; que él trabajaba de viernes a domingo, y excepcionalmente entre semana cuando había algún evento; que los meseros trabajaban tres días a la semana; que no había un control sobre los turnos; que la actora nunca hizo aseo ni desempeñó en la cocina, así como tampoco pelaba yuca de lo que recordaba o vio; y que la actora se retiró la primera temporada porque no le daban más días de trabajo y ella consiguió otro trabajo, lo que supo porque le comentaron.

Finalmente, **Olga Lucia Castillo Pascagaza**, señaló que trabaja como mesera en el asadero del demandado hace 11 años; que laboró con la demandante desde julio a octubre de 2014, y de febrero a octubre de 2015; que tenía un horario de 10:00 A.M. a 3:00 P.M.; que trabajaba toda la semana; que le pagan el salario mínimo; que la actora devengaba por día y trabajaba fines de semana, de viernes a domingo; que la accionante no hacía aseo, ni pelaba yuca, así como tampoco estaba en la cocina; y que la primera vez la actora se fue porque le había salido un mejor trabajo.

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**

Rememórese que el Juez de Primera Instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo respecto de lo que en esta instancia únicamente existe controversia en lo referente a si este tuvo o no solución de continuidad. Pues bien, del análisis integral de las probanzas aludidas, y especialmente, del testimonio de Cesar Andrés Valdiri Rodríguez quien dijo que la relación laboral entre las partes se efectuó sin solución de continuidad, y de la certificación obrante a folio 9, **suscrita por el demandado** el 29 de mayo de 2015, en la que dice que la demandante laboró para él desde el 18 de julio de 2014, es posible establecer que no hubo interrupción del nexo laboral, de modo que, si se quería demostrar lo contrario quien tenía tal carga probatoria era el empleador.

El 29 de mayo de 2015, Edgar Hernando Chala Garzón certificó que Angie Julieth Sierra laboró para él, en el cargo de oficios varios por prestación de servicios, en su establecimiento de comercio desde el 18 de julio de 2014, devengando la suma de \$650.000 (fl. 9).

En efecto, y en relación con las certificaciones emitidas por el empleador, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4566-2019 señaló:

"no hay razón para dudar sobre la veracidad de sus datos, y si bien la demandada en la respuesta al libelo adujo que le expidió al actor certificaciones y constancias pero con la finalidad de implorar préstamos bancarios o solicitar empleo (folio 38), no cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al artículo 177 del C.de P.C., en armonía con los artículos 60 y 61 del C. P. del T. y de la S.S.. En relación a la valoración de aquella clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, oportunidad en la cual puntualizó:

"El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo

de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...". (CSJ SL, 2 ago. 2004, rad. 22259, reiterado en la CSJ SL16528-2016)"

De esta manera, la Sala no encuentra ninguna prueba fehaciente, fidedigna ni certera de la que se pueda establecer que la constancia emitida por el empleador en la que se señala que la demandante laboró desde el 18 de julio de 2014 carece de veracidad, pues en tal sentido, únicamente comparecieron los testigos Cesar Augusto Robayo Robayo y Olga Lucia Castillo Pascagaza; no obstante, el primero únicamente escuchó que la demandante renunció en noviembre de 2014 porque encontró un trabajo con mejores condiciones laborales, por lo que, frente a tal situación fáctica es un testigo de oídas; y la segunda, tan sólo dijo que la actora se fue porque le había salido un mejor trabajo, empero, no existe ninguna probanza que soporte tal declaración.

Ahora bien, la Sala no desconoce que **en interrogatorio de parte, la demandante** dijo que trabajó hasta el 30 de diciembre de 2014, y que volvió el 20 de enero de 2015, y que en la demanda se estableció que hubo una interrupción del vínculo laboral entre el 24 de diciembre de 2014 y el 24 de enero de 2015, ya que, en tal periodo se cerró el establecimiento de comercio; lo cierto es que se trata de interregno de tiempo corto, que además no se suspendió por culpa de la demandante, lo que en consecuencia no permite establecer que hubo solución de continuidad; recuérdese que conforme sentencia SL2857-2021 que reiteró la SL4816-2015, al presentarse intervalos cortos entre un contrato y otro, es dable tener la existencia de una sola relación laboral.

Por tanto, se considera acertada la declaración de un único contrato efectuada por el A Quo, por lo que SE CONFIRMARÁ.

PRESCRIPCIÓN.

Teniendo en cuenta que la prescripción se encadenó únicamente a la existencia de dos contratos de trabajo, de manera que ante la solución de continuidad se pudiera declarar la extinción de las acreencias laborales causadas en la primera relación laboral; impugnación que como quedó visto no prosperó, puesto que, quedó demostrada la existencia de un único vínculo laboral sin solución de continuidad, por lo que, en tales condiciones, no queda otro camino que confirmar la sentencia.

2. FRENTE A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En el caso bajo estudio se tiene un primer escenario, consistente en el pago de un depósito judicial con el que el empleador pretende acreditar que su actuar estuvo revestido de buena fe, sin embargo, no encuentra la Sala que dicha consignación la hubiere notificado a su trabajadora, esto es, que hubiere puesto en conocimiento de ella su pago, para que ésta pudiera acudir a reclamarlo. En suma, el pago que realizó el empleador no cubría siquiera la tercera parte de lo que fue objeto de condena por concepto de prestaciones sociales, por lo que, en tal sentido no es dable deprecar que su actuar estuvo desprovisto de mala fe; por ende, se considera acertada su condena, de modo que se procede a verificar si se reconoció en debida forma.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral ha expuesto en reiterada y pacífica jurisprudencia, (entre muchas otras sentencias, 06 de mayo de 2010, rad. 36577; 03 de mayo de 2011, rad. 38177, y 25 de julio de 2012, rad. 46385, reiteradas en la SL2805-2020), que la intención del legislador, que se logra desentrañar del artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no fue otra que la de poner un límite

temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé, concretamente para aquellos trabajadores que percibiesen **una asignación mensual superior al salario mínimo legal**, siempre y cuando interpusieran la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, pues de lo contrario, el incumplimiento debería resarcirse por medio de intereses moratorios, a partir del finiquito contractual. En efecto, en la sentencia SL2805-2020, precisó:

“La anterior disposición, según el párrafo 2° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

(...) De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto)”.

Regla aplicada también en las sentencias SL685-2013, SL10632-2014, SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2307-2021, y a las que se acoge la Sala, razón por la que al tenerse por parte del juzgador el salario mínimo legal mensual vigente, -se aclara que el valor de \$718.350 establecido en el numeral primero de la sentencia es la sumatoria del salario mínimo legal vigente de 2015 (\$644.350) y el auxilio de transporte (\$74.000)-, la condena que debió imponerse era la de un día de salario por cada día de retardo.

Frente al punto se aclara que, a juicio de la Sala resulta razonable tener por concepto de salario el mínimo legal mensual vigente, como lo hizo el juzgador, puesto que según lo expuesto

por los testigos de la demandada, Blanca Lilia Sierra, Cesar Augusto Robayo Robayo, y Olga Lucia Castillo Pascagaza, se pagaba por días efectivamente laborados, que la actora aproximadamente laboraba cuatro días a la semana, y que no había control de los turnos laborados. Asimismo, de los testigos Yudy Fernanda Castillo y Cesar Andrés Valdiri Rodríguez, se logra establecer que la actora devengaba alrededor de \$32.000, por lo que, en tal sentido su salario mensual era aproximadamente \$548.571,42, rubro inferior al salario mínimo de la época, que como se dijo, era de \$644.350.

Del mismo modo, el demandado en interrogatorio de parte, expuso que la actora trabajaba por días y se le pagaba por los días efectivamente laborados, por lo que, en tal sentido, resulta razonable tener que su remuneración era aproximadamente el salario mínimo legal vigente, valor que por demás es similar al establecido en la certificación de folio 9, esto es, \$650.000, suma que no se puede tener certeramente como el verdaderamente devengado sino solamente como una aproximación, pues como quedó visto de la prueba aludida no se tenía un control de los turnos prestados por los trabajadores, se pagaba por día efectivamente laborado, y la actora no laboraba la totalidad de los días de la semana.

Así las cosas, y esclarecido lo anterior, se itera la condena que debió imponerse era la de un día de salario por cada día de retardo: no obstante, al observarse por el A Quo, que se demandó luego de transcurridos 24 meses desde la terminación de la relación laboral - lo que ocurrió el 05 de octubre de 2018 (fl.21), decidió asignar por concepto de sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24, y a partir del mes 25, intereses moratorios, condena que se aleja de lo que verdaderamente ordena el art 65 del C.S.T., para el caso de trabajadores que devenguen el salario mínimo, sin embargo, al observar que dicha condena resulta más favorable a los intereses

de la demandada, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* dicha condena no se modificará.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

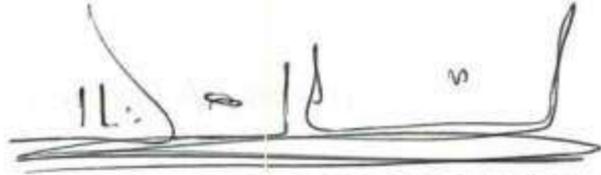
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2018-00628 -01

Demandante: **ANGIE JULIETH SIERRA.**

Demandado: **EDGAR HERNANDO CHALA GARZÓN.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501220150093202

Demandante: **MARGARITA VÉLEZ DE PAVA**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

AUTO

Téngase a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la Escritura Pública No. 120 del 1° de febrero de 2021, y reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (as) apoderados (as) de la parte actora y las demandadas **Colpensiones** y **Universidad Javeriana**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **MARGARITA VÉLEZ DE PAVA** promoviese contra **COLPENSIONES, UNIVERSIDAD JAVERIANA Y LICEO BOSTON**.

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988, a partir del día siguiente en que hubiera satisfecho los requisitos, junto con el pago de mesadas adicionales, reajustes anuales, indexación, e intereses moratorios.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión el 14 de julio de 2005; **2)** Con la anterior solicitud se aportó certificación expedida por la Universidad Nacional de Colombia y constancia de trabajo expedida por la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría de Educación del Distrito Capital; **3)** Su solicitud fue negada mediante Resolución No. 042852 del 20 de octubre de 2006; **4)** En dicho acto administrativo el ISS le reconoció 3.433 días por concepto de aportes efectuados al sector público y 3.524 días por el sector privado, excluyendo los periodos no cancelados o cancelados extemporáneamente, o sin pagar los respectivos intereses; **5)** En dicho acto administrativo el ISS admitió que acreditó 993 semanas, esto es 6957 días; **6)** Interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 30 de marzo de 2009; **7)** En septiembre de 2009 presentó acción de tutela en contra de las Resoluciones 041094 de 4 de octubre de 2006 y 030783 del 13 de julio de 2009, expedidas por el ISS; **8)** El Juzgado que conoció de dicha acción de tutela fue el 43 Penal del Circuito de Bogotá el cual, mediante fallo del 14 de diciembre de 2009 tuteló sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social en conexidad con el derecho al mínimo vital, ordenando al ISS a revocar las citadas Resoluciones y pronunciarse nuevamente sobre la petición de pensión, incluyendo los periodos no cancelados, los cancelados

extemporáneamente o los que no se cancelaron los intereses o que estén en mora por parte del empleador Liceo Boston; **9)** Dicha sentencia fue complementada el 20 de enero de 2010, señalándole al ISS que tenía un plazo de 10 días para dar cumplimiento a lo resuelto el 14 de diciembre de 2010; **10)** Las copias de las sentencias fueron allegadas al ISS el 11 de marzo de 2010; **11)** El plazo fijado no fue acatado por el ISS; **12)** El Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá fue suprimido, lo que impidió promover el incidente de desacato; **13)** El 25 de noviembre de 2010 el ISS expidió la Resolución No. 036722, en cumplimiento a la referida sentencia de tutela, negando la prestación; **14)** Promovió acción de tutela en contra de la Resolución 036722, que conoció el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, el cual otorgó el amparo solicitado, dejando sin valor ni efecto dicho acto administrativo y ordenando el inicio de la actuación administrativa; **15)** Colpensiones expidió la Resolución 38915 del 12 de febrero de 2014 con el cual se “pretendió acatar” el fallo de tutela, pero esta “incurrió en un mayor error”; **16)** Cumplió 83 años el 9 de abril; y **17)** Laboró en el Liceo Boston desde el 1° de febrero de 1981 al 30 de noviembre del mismo año.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 77 a 92), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Expuso que, al verificar la documental se observa que la demandante logra conservar el régimen de transición, teniendo en cuenta que cumple con los dos requisitos del Acuerdo 049 de 1990, ya que cumple con la edad al 31 de diciembre de 2010 y cuenta con más de 750 semanas a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005, siendo procedente el estudio de la prestación a la luz del artículo 7 de la Ley 71 de 1988; sin embargo, la actora no logra

acreditar los 20 años de servicios que la norma establece, razón por la cual no tiene derecho a la prestación solicitada.

Por su parte, la **PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA** (fl. 172 a 199) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe, allanamiento a la mora por parte del Instituto de Seguros Sociales – hoy Colpensiones, falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica.

Indicó que, revisados los archivos y registros de la Universidad no se encontró información de vinculación de la demandante con la Institución, y la certificación aportada corresponde a la señora Margot Vélez de Pava.

Indicó que la vinculación como profesora de hora cátedra entre la demandante y esa institución se ejecutó en dos períodos: i) primer semestre de 1966 y ii) segundo semestre de 1968 a segundo semestre de 1969.

Adujo que antes de 1967 no existía la obligación de pagar al ISS cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte y que para el período comprendido entre el segundo semestre de 1968 y el segundo semestre de 1969 ninguna institución de educación privada podía afiliarse al ISS a sus trabajadores, que cumplieran jornadas de trabajo inferiores a 16 horas clase, no existiendo obligación para la Universidad de realizar aportes para la demandante durante este período, porque ella no prestó sus servicios como docente titular a tiempo completo en la Facultad de Psicología, por ello, la Universidad Javeriana no adeuda suma alguna al ISS hoy Colpensiones.

Precisó que Colpensiones no hay hecho requerimiento alguno a la Universidad acerca de la falta de pago de aportes a favor de la demandante o su pago extemporáneo y, que con anterioridad al cubrimiento del riesgo de vejez por parte del ISS, este era sumido por los empleadores en los términos del artículo 260 del CST, es decir, tras 20 años de servicio.

El **LICEO BOSTON S.A.S** (fls. 245 a 250), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando como excepciones de mérito las que denomino buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa y la genérica.

Expuso que la demandante es la señora Margarita Vélez de Pava, con quien el Liceo no tuvo ninguna relación laboral, pero que la señora Margot De Pava trabajó en el Liceo, pero el tiempo de servicio prestado no lo obliga a ninguna pensión.

Indicó que el Liceo Boston S.A.S. es una entidad exclusivamente para la atención de la educación, y no es una entidad que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social y de Pensiones, que esté obligada al pago de pensión de acuerdo con la Ley.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de diciembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, ordenando a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2012, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente sobre 14 mensualidades al año, al pago del retroactivo debidamente indexado y condenando a la Pontificia Universidad Javeriana al reconocimiento y pago del título actuarial con base en un (1) salario mínimo mensual legal vigente y a favor de Colpensiones, por los tiempos omitidos en el pago de seguridad social correspondientes al 1° de febrero a 30 de junio de 1966 y del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1969, y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de diciembre de 2012.

En síntesis, el *a quo* consideró que deben incluirse los tiempos laborados en el Centro de Rehabilitación para Adultos Ciegos, ya que no fueron adelantadas las acciones de cobro correspondientes por parte de Colpensiones (antes el ISS), así como los laborados en la Pontificia Universidad Javeriana ya que, si bien esta última argumentó que estos

tiempos no son contabilizables, entre otras cosas por la no entrada en afiliación o no obligatoriedad de la entrada en vigencia del Instituto de los Seguros Sociales, esta posición ha sido reevaluada y mediante criterio expuesto en la sentencia 9856 del 2014 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado un nuevo criterio.

Adujo el juez de primer grado que, en la citada sentencia se indicaba que existían diversos disentimientos respecto del tema, pues se decía eliminar totalmente la inmunidad que se otorgaba al empleador que no afiliaba a su trabajador al sistema de seguridad social por falta de cobertura y en su lugar establecer que dichos lapsos de no afiliación debían ser asumidos por los empleadores, pues se mantenían ciertas obligaciones y responsabilidades frente a aquellos, de tal manera, se dijo que la forma de suplir dichas contingencias sería mediante el traslado del cálculo actuarial por parte del empleador omiso al ISS, con apoyo en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en los casos en que no se había alcanzado a completar las semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez y, en ese sentido el patrono deberá actuar conforme lo señalado en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, aportando las cuotas proporcionales correspondientes ya que los empleadores obligados a reconocer pensión de jubilación a sus empleados conforme la legislación anterior, seguirán afectado por esa obligación en los términos de tales normas respecto de los empleados que hayan venido sirviéndoles hasta que el ISS se subrogue en el pago de esas prestaciones.

Expuso que el nuevo criterio de la Corte se ha extendido al punto en que deberá reconocérsele al trabajador el derecho a recuperar en cualquier caso los tiempos no cotizados sin importar la razón que ha tenido el empleador para dejarlo de afiliar, solución que se emplea en los eventos de falta de afiliación por cobertura, por omisión pura y simple del empleador, por la creencia del empleador de no encontrarse regido por dicha obligación, independientemente de si el contrato se encontraba o no vigente cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, ello con apoyo en normas como los Decretos 1887 de 1994, 3798 de 2003, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con base en los principios de la seguridad social tales como la universalidad e integralidad y también apoyado en las sentencias SL 14388 de 2015 y SL 14215 de 2017.

Precisó que, en desarrollo de las citadas disposiciones, acoge el mentado criterio jurisprudencial y por ello incluirá los tiempos del 1° de febrero al 30 de junio y del 1° de julio al 31 de diciembre de 1966, así como del 1° de julio al 31 de diciembre de 1968, ordenando el pago del cálculo actuarial por parte de la Pontificia Universidad Javeriana, precisando que dichos tiempos no pueden ser conmutables para la pensión, ya que para el primer semestre del 66 y del 68 al 69 la demandante ya tenía tiempos acreditados que fueron prestados a la Universidad Nacional de Colombia y que fueron certificados desde el 15 de abril de 1964 hasta el 1° de agosto de 1970, por lo que se ciñe a los tiempos tenidos en cuenta por Colpensiones.

Aclaró que, conforme al nuevo precedente la obligación de efectuar aportes se da en proporción al tiempo laborado conforme las sentencias SL 361 de 2018 y SL 2799 de 2020, advirtiendo que no puede haber omisiones en docentes o en condiciones de hora cátedra, debiendo efectuarse las cotizaciones mes a mes y sobre una base no inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

Indicó que, conforme la contabilización de tiempos para acceder a la pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988 se tiene que la demandante acreditó un total de 1.012.14 semanas de cotización, con lo que no cumple con el requisito de 20 años de servicios establecidos en dicha norma, no obstante ello la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral permitió la sumatoria de semanas cotizadas en entidades públicas y privadas para ser computadas en aras de la obtención del derecho pensional tal y como se dijo en la sentencia SL 1947 del 2020 y reiterado en la sentencia SL 1981 de 2020.

Dijo que, conforme lo antes expuesto, a la demandante le asiste el derecho a que se le computen la totalidad de semanas a fin de determinar si le asiste o no el derecho pensional conforme las previsiones del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual la demandante es beneficiaria, pues para el año de 1988 contaba con 55 años y satisfizo el requisito de semanas, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez

a partir del 30 de noviembre del 2012, pues la reclamación administrativa se dio el 15 de julio del 2005, siendo esta la primera reclamación que interrumpe la prescripción, y como quiera que la demanda se presentó el 30 de noviembre del 2015 se reconocerá la pensión a partir del 1° de diciembre del 2012.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expuso que, si bien en las sentencias mencionadas en el fallo de primera instancia la Corte ha establecido ciertas consideraciones frente al tema de los intereses moratorios, no es menos cierto que ante el incumplimiento y al no haber otorgado el derecho pensional, ello resulta en una conducta contumaz que tuvo Colpensiones al trasladarle a la demandante persona de la cuarta edad esta situación, además, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dice que al no cumplirse con el deber de otorgar el derecho, se deben esos intereses.

Indicó que no hay incompatibilidad entre los intereses de mora y la indexación, pues tienen fuentes legales distintas, una es la fuente que nace de la pérdida del poder adquisitivo del dinero y la otra es una fuente legal que nace de la Ley 100 de 1993 y en tal sentido, ambas situaciones son plenamente compatibles.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.

Adujo que los actos que se le imputan a la Universidad resultan de la omisión de haber realizado aportes para los años 66, 68 y 69, siendo entonces las normas a emplear aquellas vigentes para esas anualidades, porque de no ser así se estarían violando el debido proceso y la seguridad jurídica.

Por lo anterior, dijo, deben remitirse al Decreto 722 de 1949 artículo 2 numeral 4 que establecía la inscripción obligatoria al ISS de las personas que se encontraban prestando servicios en establecimientos privados de

educación, esto es de tiempo completo, también esta el Decreto 3127 de 1949 artículo 2 numeral 5, donde se fijaron los reglamentos de inscripciones, reglamento general de reclamaciones, sanciones y procedimiento del ISS, en que se disponía que la obligación de los establecimientos privados de educación incluía al personal docente de tiempo completo, entendiéndose por este el que dictara 16 horas de clases o más a la semana en un mismo establecimiento.

Así, indicó, para imponer a la Universidad una obligación se tendría que tener por acreditado que la demandante prestó sus servicios por hora cátedra por un tiempo mayor a 16 horas, lo cual no acaeció en este proceso, ya que la sentencia se basa en una certificación que no acredita una relación laboral y tampoco las 16 horas cátedra, este documento únicamente manifiesta que la vinculación fue por hora cátedra y con esto manifiesta que no se hicieron pagos a la seguridad social.

Enfatizó en el efecto retroactivo de las normas, el cual se encuentra prohibido por razones de orden público, por lo que las personas tienen una confianza legítima y darle este efecto a la ley equivale a destruir esa confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas.

Expuso que, atendiendo lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del CGP si se quería obligar a la Universidad al pago de los aportes, debía demostrarse que la normativa aplicable a la fecha la obligaba a realizar aportes, esto es probar que fueran más de 16 horas prestadas a la semana, máxime cuando no obra una inversión de la carga de la prueba, con lo que le correspondía a la demandante acreditar que prestaba por más de 16 horas la clase en el mismo establecimiento, es decir en la Universidad Javeriana, lo cual no aconteció no habiendo pruebas suficientes para demostrar que ello fue así, máxime cuando la misma actora manifestó en su interrogatorio de parte y con las documentales allegadas, que prestaba sus servicios a la Universidad Nacional mientras estaba en la Universidad Javeriana, con lo que era imposible que prestara sus servicios de tiempo completo en este última, especialmente cuando indicó que tenía una vinculación con la Universidad Nacional, que debía haber sido en horas de la tarde, no recursa las clases que dictaba, tampoco se refirió a su intensidad horaria,

manifestando un desconocimiento absoluto, por lo que mal se hace aplicando una norma que tiene unos supuestos de hecho que en este caso no se cumplen.

Precisó que, en caso de no acoger los anteriores argumentos, subsidiariamente solicita se modifique la sentencia en el sentido de los tiempos a los que se condenó a la Universidad, tomando como referencia la sentencia SL 2799 de 2020, pues en este caso se les condenó tomando las siguientes fechas, del 1° de agosto de 1968 al 1° de diciembre de 1969 sin solución de continuidad, siendo evidente que la Universidad no presta sus servicios de forma continua y que se contrataba por hora cátedra para la prestación de sus servicios puntuales en unos semestres, los cuales no duran 6 meses, existiendo periodos de vacaciones de 2 meses aproximadamente, y con esto el fallo de primer grado desconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al imputarle todo el año completo sin solución de continuidad, cuando es claro que debieron ser los periodos que efectivamente se prestó el servicio, siendo evidente que no se prestaron los servicios por todos los periodos indicados en la sentencia.

Finalizó precisando que, para el año de 1966 existía una imposibilidad de hacer aportes, ya que no había entrado en rigor el ISS, entonces, así la Universidad hubiera realizado aportes en el año 1966, estos no se habían podido efectuar ya que el ISS empezó a regir en el año 1967, con lo que, para el año de 1966 nadie puede ser obligado a lo imposible.

COLPENSIONES

Expuso que no puede condenarse a Colpensiones al pago de un retroactivo por una situación que pudo haberse solucionado en su momento con la corrección de la historia laboral, presentando las pruebas que se allegaron en esta demanda, ya que se evidencian certificaciones laborales que pudieron haberse allegado a Colpensiones para que esta hubiese corregido las semanas de tiempos laborados y hacer un poco más fácil su labor como administradora, para así revisar los tiempos y afiliaciones de la demandante.

Frente a la condena en costas, indicó que Colpensiones era una entidad ajena y en el fallo también se determina una omisión por parte de la Pontificia Universidad Javeriana, la cual no cumplió con sus respectivas cotizaciones.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 22 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, por auto del 24 de mayo del año en curso se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de Colpensiones y la Pontificia Universidad Javeriana para reafirmar sus argumentos.

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

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar: i) si es procedente el pago del cálculo actuarial al que se condenó a la Pontificia Universidad Javeriana a favor de la demandante, y a órdenes de Colpensiones por los siguientes periodos: 1° de febrero a 30 de junio de 1966 y del 1° de agosto de 1968 al 31 de diciembre de 1969, ii) si

hay lugar al pago del retroactivo pensional a cargo de Colpensiones, y iii) si procede el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DE LA AFILIACIÓN Y COBERTURA DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO

Para empezar, debe decirse que, por disposición del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y, ante la inexistencia de un sistema integral de pensiones, era el empleador privado el llamado a cubrir el riesgo de vejez de sus trabajadores.

Posteriormente, se previó en Colombia el régimen de la seguridad social con la entrada en vigencia de la Ley 90 de 1946, por la cual se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en cuyos artículos 72 y 76 se dispuso que esta entidad asumiría en forma progresiva y gradual, según su cobertura en las distintas zonas del país, los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lo que en modo alguno significó la desaparición de las pensiones de jubilación a cargo del empleador, dándose entonces la subrogación del riesgo en ese Instituto conforme con la ley y sus reglamentos.

Así, a través del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, la puesta en marcha del ISS para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte se dio en algunas regiones del país a partir de enero de 1967, estableciéndose las condiciones bajo las cuales dicho Instituto subrogaría en forma total o parcial a los empleadores en el pago de las pensiones de jubilación y en qué eventos estos conservaban la obligación de pagar esa prestación.

Ahora bien, en relación con la responsabilidad que cabe respecto al empleador ante la ausencia de aportes a pensión en periodos de tiempo en que no existía cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en algunas regiones del país, es del caso precisar que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la CSJ a través de la sentencia SL 8453 de 1996, reiterada en sentencia rad. 39914 del 10 de julio de 2012, venía sosteniendo que al empleador no se le podía endilgar responsabilidad alguna, y por ende,

no estaba llamado a cancelar esos periodos pretermitidos por falta de cobertura. Sin embargo, dicha postura de inmunidad fue reevaluada a través de las sentencias SL 9856 y SL 17300 del 2014 y en la actualidad existe una posición jurisprudencial sólida en torno a que el empleador sí está obligado a responder a través del cálculo actuarial por los tiempos trabajados y no cotizados por falta de cobertura, a fin de que el trabajador **pueda completar la densidad de semanas exigidas por la ley y acceder al derecho pensional.**

Al respecto, en la primera sentencia referida -SL 9856 de 2014- esa Superioridad estimó que:

“Si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, **no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho,** mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.” (Negrillas fuera del texto original).

Igual situación se predica respecto de la sentencia SL17300 de 2014 en la que la Corte estimó que:

“era viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en lugares de la geografía nacional, que no por incumplimiento empresarial, fueran **“habilitados” a través de títulos pensionales a cargo del empleador, a efectos de que el dador del servicio completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley (...).** Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, **sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva,** porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta **sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social,** de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; **menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión,** sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.” (Negrillas fuera del texto original).

Posteriormente, en sentencias SL 4072 y SL 10122 de 2017 se dijo:

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

Así mismo, rememoró los derroteros fijados en sentencia SL 9856 de 2014, uno de ellos “(iii) que la manera de concretar ese gravamen, **en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»**”

Por último deben citarse las sentencias CSJ **SL5541-2018 y SL3284-2019**, a efectos de evidenciar cómo el órgano de cierre de esta jurisdicción de manera pacífica ha establecido las reglas para resolver las controversias derivadas de la situación planteada en el asunto bajo estudio, para adoctrinar que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, pues en esos momentos la prestación estaba a su cargo. Por tanto, aquel debe cubrir los aportes correspondientes a los tiempos laborados a través de la cancelación del título pensional en aquellos eventos en que el trabajador requiere la integración de dicho capital para el reconocimiento de la pensión de vejez, pues lo que se busca es garantizar el derecho fundamental a la seguridad social y evitar que se afecten los derechos mínimos de los trabajadores; advirtiendo que si bien es cierto en la última de las sentencias referidas se hace referencia a la reliquidación de la pensión, lo cierto es que en ese caso y en todos los demás citados en la misma providencia por la Corte se resuelve el caso de afiliados que requerían dichos tiempos para acceder al reconocimiento de la prestación y no a su reliquidación.

CONTABILIZACIÓN DE TIEMPOS LABORADOS POR PROFESORES DE HORAS CÁTEDRA

Frente al particular la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, en sentencia SL 361 de 2018 Rad. 46729, al estudiar un caso de similares contornos, expuso:

“(…)En principio, la obligación de afiliarse y cotizar a la seguridad social en el caso de los trabajadores dependientes, surge precisamente de la existencia de esa relación subordinada, y opera mientras ella dure.

En el caso de los docentes vinculados a instituciones privadas de educación superior, estima la Sala que cuando presten sus servicios mediante contrato de trabajo por hora cátedra y su intensidad horaria sea inferior a la de un profesor de medio tiempo, no resulta razonable ni proporcional imponer la carga patrimonial al empleador de cotizar por el periodo calendario, siendo lógico que cubra las obligaciones frente a la seguridad social, por el tiempo de vigencia de la relación laboral, es decir, por el periodo efectivamente laborado y de acuerdo con la remuneración percibida, y sobre esas bases se deben cuantificar los aportes, o como en el *sub examine*, el cálculo actuarial.

Esto es así, porque en los eventos de profesores hora cátedra, vinculados con contrato de trabajo con una baja intensidad horaria, implica disponibilidad del docente para el ejercicio de otras actividades laborales al servicio de otros empleadores o de manera independiente.

(…)

En el *sub examine* el Tribunal impuso a la Universidad Jorge Tadeo Lozano el pago del cálculo actuarial, porque juzgó era lo procedente en este caso, lo cual como se indicó al inicio de estas consideraciones, no fue discutido en el recurso, y de todas maneras ha sido avalado por la Corte, incluso en la sentencia CSJ SL646 de 2013, recién citada, cuando afirmó:

El parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, dispone:

‘(…) Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

(…) d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional’.

En reciente decisión del pasado 20 de marzo, radicación 42.398, la Sala, en línea de doctrina, señaló que dado que la prestación, bajo estudio, no

se causó antes de la Ley 100 de 1993, su expectativa de pensión está regulada por esta disposición y sus modificaciones.

Por tanto, se dijo, que la consecuencia para el empleador omiso de afiliar a sus trabajadores o, en caso de una afiliación tardía, a la luz del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es otra que pagar el capital correspondiente al tiempo dejado de cotizar necesario para financiar la pensión por vejez, establecido desde la vigencia del precitado artículo 6° del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año. Entonces, debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, como quedó atrás dicho.

Sin embargo, en virtud del principio de proporcionalidad, en los eventos de los docentes vinculados hora cátedra cuando su carga laboral sea inferior a la de un profesor de medio tiempo, por las razones ya expuestas, los parámetros para realizar ese cálculo deben estar acordes con la forma en que en la realidad se llevó a cabo la contratación laboral, los términos en que tuvo vigencia y la remuneración percibida". (Subrayado fuera de texto)

Posición reiterada en las sentencias SL 614 de 2019, SL 2799 del 2020 y más recientemente en la SL 1229 de 2021, y concretamente en la sentencia SL 2799 de 2020, se expuso:

"(...) la Corte advierte que es equivocada la conclusión del juez plural en cuanto a que la cotización de los profesores hora cátedra al sistema de seguridad social debe hacerse conforme al número de horas laboradas, pues desconoció la regulación de seguridad social para este tipo de vinculaciones y, además, pasó por alto postulados de la Constitución Política de 1991, tales como el principio de igualdad -artículo 13- y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas -artículo 25-, de modo que en dichos casos el pago de cotizaciones debe hacerse por la totalidad del periodo académico, así el docente labore por horas y no devengue un salario mínimo legal mensual vigente.

En efecto, las disposiciones del sistema de seguridad social han dispuesto que la cotización al sistema de pensiones debe realizarse por cada mensualidad y sobre una base que no puede ser inferior al salario mínimo legal. Por tanto, así los profesores de hora cátedra laboran menos de una jornada de trabajo, los aportes deben efectuarse bajo tales parámetros mínimos establecidos en la legislación.

Nótese que desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el sistema de seguridad social ya había previsto que cuando un trabajador devengare una remuneración inferior al salario mínimo legal vigente, las cotizaciones debían computarse sobre la base de dicho mínimo -artículo 60 del Decreto 433 de 1971-. Asimismo, el artículo 21 del Decreto 3063 de 1989 que aprobó el Acuerdo 044 de la misma anualidad, estableció que salvo las excepciones para el servicio doméstico y las consagradas en los reglamentos, los aportes no podían liquidarse sobre un salario inferior al mínimo legal.

En esa misma dirección, la Ley 100 de 1993 partió del presupuesto que las cotizaciones deben efectuarse durante la vigencia de la relación laboral -artículo 17- y estableció en el parágrafo segundo del artículo 33 que para los efectos de esta normatividad «se entiende por semana cotizada el periodo de siete días calendario», de lo cual se infiere que ese es el referente temporal mínimo de aportación al sistema de seguridad social en pensiones, salvo las excepciones previstas por ley.

En concordancia con ello, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 consagró que la base para calcular las cotizaciones al sistema de pensiones es el salario mensual y que, en ningún caso, puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones contempladas en la ley, aspectos que fueron reproducidos literalmente en el artículo 20 del Decreto 692 de 1994.

Posteriormente, el artículo 5.º de la Ley 797 de 2003 conservó la regla según la cual la base para calcular las cotizaciones al sistema es el salario mensual que, en ningún caso, puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente y que quienes perciban menos de esa suma pueden ser beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de completar la cotización que les haga falta, de acuerdo con lo previsto en la ley.

Conforme lo anterior, en el caso de los profesores de hora cátedra, cuya vinculación debe hacerse imperativamente a través de contrato de trabajo con las instituciones universitarias por el periodo académico (CC C006-1996 y C-517-1999), los aportes deben realizarse por dicho tiempo mes a mes y sobre una base no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pues, se reitera, independientemente de que no presten servicios en una jornada completa de trabajo, lo cierto es que no están exonerados por la ley para efectuar los aportes sobre esas condiciones mínimas previstas por el legislador.

(...)

En síntesis, las instituciones universitarias deben hacer aportes a pensiones por los profesores de hora cátedra durante toda la vigencia de la relación laboral, es decir, por los tiempos que dure el periodo académico para el cual son contratados, mas no por los tiempos en que no hay prestación efectiva del servicio, y sobre una base en ningún caso inferior a un salario mínimo legal mensual vigente por cada mes, así el número de horas sea de baja intensidad.

Así las cosas, el Tribunal cometió el error jurídico que le endilga la censura al establecer que a efectos de verificar la densidad de semanas exigida en el Acuerdo 049 de 1990, aquellas debían establecerse según el número de horas laboradas a la semana y no por el período académico pactado.”

VII. DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

- i) Margarita Vélez de Pava nació el 9 de abril de 1933 (fl. 22 y 92);

- ii) El 9 de junio de 2003 la Pontificia Universidad Javeriana, certificó que la accionante estuvo vinculada con esa institución durante el primer semestre de 1966 por la duración del periodo académico semestral y desde el segundo semestre de 1968 hasta el segundo semestre de 1969, por la duración de cada periodo académico semestral, desempeñando el cargo de Profesora Catedra por Hora en la Facultad de Psicología (fl. 23);
- iii) Mediante Resolución 042852 del 20 de octubre de 2006, el ISS negó a la accionante la pensión de vejez y jubilación (fl. 37 a 39 y 92);
- iv) Con Resolución No. 001328 del 30 de marzo de 2009 se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 042852, confirmando el contenido de esta (fl. 92 Archivo 00489588000000020041335010101A.TIF);
- v) La actora interpuso acción de tutela, (fl. 92) la cual fue resuelta por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, mediante fallo proferido el 14 de diciembre de 2009, con el cual se tutelaron los derechos de la demandante, ordenando al ISS a revocar las Resoluciones Nos. 042852 del 20 de octubre de 2006 y 001328 del 20 de marzo del 2009, para que emita nuevamente acto administrativo, “incluyendo los periodos no cancelados y los cancelados extemporáneamente sin que se haya cancelado el interés respectivo o que estén en mora de cancelar por el empleador Liceo Boston” (fl. 40 a 49);
- vi) La anterior sentencia fue adicionada mediante proveído del 20 de enero de 2010, para otorgar 10 días al ISS para el cumplimiento de lo allí ordenado (fl. 50 a 52);
- vii) Mediante Resolución 036722 del 25 de noviembre de 2010 fue negada la pensión de jubilación y vejez a la demandante (fl. 92 Nombre: 00489588000000020041335007901A.TIF);
- viii) Con Resolución No. 02923 del 30 de enero del 2012, el ISS revocó las Resoluciones 042852 del 20 de octubre de 2006 y 001328 del 30 de marzo de 2009 en cumplimiento a lo ordenado en la acción de tutela proferida por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, y negó la pensión de jubilación y vejez de la actora (fl. 92);

- ix) La demandante interpuso acción de tutela según se desprende de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, el cual, del 15 de noviembre de 2013 en la cual se tuteló los derechos fundamentales de la actora, ordenando al ISS remitir el expediente de la señora Vélez de Pava a Colpensiones y a esta última a dejar sin valor ni efecto la Resolución 036722 del 25 de noviembre de 2010 y a proferir acto administrativo en el que resuelva si a la accionante le debe reconocérsele la pensión (fl. 53 a 60);
- x) Mediante Resolución GNR 38915 del 12 de febrero de 2014, Colpensiones da cumplimiento al fallo de tutela del Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá y niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por la demandante (fl. 61 a 64);
- xi) Mediante Resolución VPB 18243 del 14 de octubre de 2014, se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 38915, cuyo contenido se confirma (fl. 92 Archivo GRF-AAT-RP-2014_8986238-20141024054337.pdf);

De conformidad con lo anterior, a fin de resolverse el primero de los problemas jurídicos planteados, esto es si procede el pago del cálculo actuarial al que se condenó a la Pontificia Universidad Javeriana a favor de la demandante, y a órdenes de Colpensiones por los periodos del 1° de febrero a 30 de junio de 1966 y del 1° de agosto de 1968 al 31 de diciembre de 1969, ha de indicar esta Sala que se encuentra demostrado que la señora Margarita Vélez de Pava estuvo vinculada con la Pontificia Universidad Javeriana por los periodos académicos semestrales comprendidos entre el primer semestre de 1966 y del segundo semestre de 1968 hasta el segundo semestre de 1969 como profesora Cátedra por Hora en la Facultad de Psicología, tal y como lo indica la Certificación expedida por dicha Institución y que obra a folio 23, la cual no fue desconocida ni tachada de falsa.

Así las cosas, demostrado como está la vinculación de la actora a la Pontificia Universidad Javeriana durante los tiempos antedichos, se remite esta Sala a lo dispuesto por la Ley 90 de 1946 "Por la cual se establece el

seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, en cuyo artículo 2 se disponía:

“Artículo 2. Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones.”

Es por ello, que, en principio la Pontificia Universidad Javeriana debía haber afiliado a la actora al ISS, ya que esta última prestaba sus servicios a la primera como profesora de hora cátedra, ahora, el Decreto 722 de 1949¹, en su artículo 2 estableció quienes estaban obligados a inscribirse en la ciudad de Bogotá, y dentro de este grupo incluyó a los *“establecimientos privados de educación (personal administrativo y auxiliar a tiempo completo)”*, posteriormente, el Decreto 3127 de 1949 modificó la norma precitada, para determinar que quedaría así: *“Establecimientos privados de educación, incluyendo el personal docente a tiempo completo. Se entiende por personal docente a tiempo completo el que dicte diez y seis horas de clase o más a la semana, en un mismo establecimiento”*.

Ahora, si bien de la certificación visible a folio 23 expedida por la Pontificia Universidad Javeriana se extrae la vinculación de la actora a esa Institución durante las fechas allí indicadas, de tal documento no puede establecerse la cantidad de horas laboradas por la demandante, situación que tampoco fue probada con otro de los medios allegados al plenario, ya que del interrogatorio de parte rendido por la accionante no puede determinarse el horario o las horas por ella dictadas en su condición de profesora de la Facultad de Psicología de la Universidad encartada.

Sin embargo, a folio 34 obra certificación expedida por la Universidad Nacional de Colombia, en la que indica que la demandante laboró en esa Institución desde el 15 de abril de 1964 hasta el 1° de agosto de 1970, en el

¹ Por el cual se aprueba el Reglamento de Inscripciones del primer contingente de afiliados al Seguro Social Obligatorio de Enfermedad – Maternidad.

cargo de psicóloga asistente en la Facultad de Ciencias Humanas – Departamento de Psicología, con dedicación de medio tiempo.

Así las cosas, durante los periodos comprendidos entre el primer semestre de 1966 y del segundo semestre de 1968 hasta el segundo semestre de 1969, la señora Margarita Vélez de Pava estuvo vinculada de manera simultánea a la Universidad Nacional y a la Pontificia Universidad Javeriana, lo que lleva a esta Sala a la conclusión que la demandante laboraba en esta última Universidad con una intensidad horaria inferior a la de un profesor de medio tiempo.

Atendiendo entonces los Decretos antes citados, en principio, para el primer semestre del año 1966 la Pontificia Universidad Javeriana no se encontraba en la obligación de afiliar a la demandante, pues no prestaba sus servicios como docente a tiempo completo, sin embargo, atendiendo la posición jurisprudencial citada en la parte motiva de esta providencia, el empleador sí está obligado a responder a través de un cálculo actuarial por los tiempos trabajados, por lo que la Universidad encartada debe pagar el cálculo actuarial de dicho periodo de tiempo.

Posteriormente, se profirió el Decreto 3041 de 19 de diciembre de 1966, “Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte”, cuyo artículo 1° dispuso que se encontraban sujetos al Seguro Social Obligatorio: “a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento. (...)”, situación en la cual se encuentra la actora para el segundo semestre de 1968 y el primero y segundo semestre de 1969, pues su actividad no se encontraba dentro de aquellas que el artículo 3² de la norma en mención excluyó, con lo que era

² **ARTICULO 3o.** Quedan excluidos del Seguro Obligatorio de invalidez, vejez y muerte:

1. Las personas que ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa o actividad del patrono.

2. Los trabajadores contratados para labores temporales en empresas no agrícolas, cuyo número de jornadas anuales con el mismo patrono sea inferior a 90 días. La excepción de temporalidad será calificada por el instituto a solicitud del trabajador.

obligación de la Pontificia Universidad Javeriana su afiliación al ISS, así como realizar las cotizaciones que de ello se desprendía.

Ahora, en cuanto al tiempo de cotización, teniendo en cuenta que la demandante no prestó sus servicios a la Pontificia Universidad Javeriana a tiempo completo sino por hora cátedra, conforme la jurisprudencia citada en esta providencia, resulta desproporcionado ordenar a dicha Institución el pago de los aportes a pensión por todo el periodo calendario, con lo que habrá de **modificarse la sentencia de primer grado** para en su lugar, ordenar a dicha Universidad el pago a Colpensiones del cálculo actuarial por los periodos correspondientes del 1° de julio al 31 de diciembre de 1966, del 1° de julio al 31 de diciembre de 1968, del 1° de febrero al 30 de junio de 1969 y del 1° de julio al 31 de diciembre de 1969.

En lo que se refiere al segundo de los problemas jurídicos planteados, esto es si Colpensiones debe pagar el retroactivo pensional de la actora desde el 1° de diciembre de 2012, debe decirse que para condenar al pago de la prestación pensional el *a quo* tuvo en cuenta los derroteros del Acuerdo 049 de 1990 y la nueva posición jurisprudencial establecida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se permite la sumatoria de tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente realizadas al régimen de prima media, administrado en su momento por dicho Instituto y hoy por Colpensiones.

Al punto, ha de rememorarse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al

3. Los trabajadores que se ocupen en labores agrícolas temporales o estacionales, como las de siembra; cosechas y demás similares, siempre que por otro concepto no estén sujetos a estos seguros.

4. Los extranjeros que hayan venido o vengán al país en virtud de contratos de duración fija no mayor de un (1) año mientras esté vigente el contrato inicial, y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún régimen de seguro por los mismos riesgos. En cada caso la excepción deberá ser solicitada al instituto, adjuntándose las pruebas pertinentes.

reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (ver CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018). No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.° del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...]

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...]

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*." (Subrayado fuera del texto).

Entonces resulta posible el reconocimiento de la pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta todos los períodos y tiempos de servicios cotizados a otras cajas de previsión, con lo que aplicando lo dispuesto en el artículo 12 de la mentada norma, se tiene que la demandante nació el 9 de abril de 1933 (fl. 22 y 92) cumpliendo 60 años el mismo día y mes del año 1993, con lo que evidencia que era beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a las semanas cotizadas, conforme la documental allegada³, la actora acredita un total de **1030.85** semanas cotizadas al 31 de enero de 1989, con lo que se encuentran cumplidos los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es por ello que Colpensiones debe cancelar dicha prestación junto con el correspondiente retroactivo, y como quiera que la demanda se presentó el 30 de noviembre del 2015 (fl. 65) han de contarse 3 años hacia atrás por lo que la prestación debe reconocerse

³ Ver folios 23 a 36 y las Resoluciones de folios 37 a 39, 61 a 64.

desde el 30 de noviembre de 2012, pues la primera reclamación se presentó el 15 de julio del 2005 (fl. 37) a decir de la Resolución No. 042852 del 20 de octubre de 2006, operando en este caso el fenómeno prescriptivo.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN.

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de vejez, ello de conformidad con el art 141 de Ley de ley 100 de 1993.

Frente al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que los intereses moratorios resultan aplicables a las pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, así como para las de transición a cargo del I.S.S. en el régimen de prima media con prestación definida (sentencias del 24 de mayo de 2007, y 04 de julio de 2018, Rads. 30325, y SL2000-2018, respectivamente); incluso, la misma Corporación, en sentencia SL1681-2020, reexaminó el tema y consideró que los referidos intereses no solamente operan en relación con las pensiones otorgadas exclusivamente en virtud de la nueva ley de seguridad social, sino frente a todas las prestaciones concedidas en aplicación de normas anteriores y en sujeción al régimen de transición:

[...] Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales *«de que trata esta Ley (sic)»*, entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de *«esta Ley (sic)»* prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con deficiencia física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de *«esta Ley (sic)»*. [...]

Con lo anterior, **la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**".

Por otra parte, la misma corporación ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. **42783**, la del 29 de mayo de 2003, **rad. 18789**, así como la **SL8949-2017 y SL3947-2020**), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, **Rad. 43602**, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, **Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020**).

Ahora, y en relación con el caso específico del reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta aportes públicos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la **SL1689-2019, SL4480-2020, SL4811-2020, y SL2071-2021**, señaló que no proceden cuando el reconocimiento de la pensión obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación, como ocurre en el caso presente.

Así las cosas, no hay lugar al pago de los intereses moratorios, y tal y como lo ordenó el a quo el retroactivo deberá ser debidamente indexado, atendiendo la depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, resultando procedente garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Lo dicho, de conformidad con las sentencias **SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021**.

VIII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

IX. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, ordenar a la Pontificia Universidad Javeriana al pago, a favor de Colpensiones, del cálculo actuarial por los periodos correspondientes del 1° de julio al 31 de diciembre de 1966, del 1° de julio al 31 de diciembre de 1968, del 1° de febrero al 30 de junio de 1969 y del 1° de julio al 31 de diciembre de 1969, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta decisión,

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. - Costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

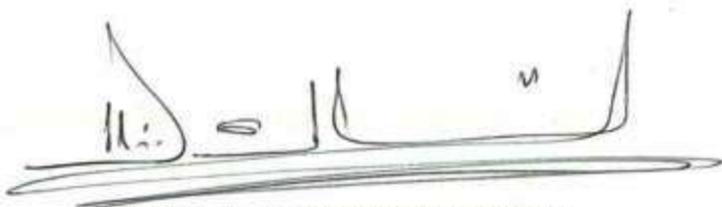
Código Único de Identificación: 11001310501220150093202

Demandante: **MARGARITA VÉLEZ DE PAVA**

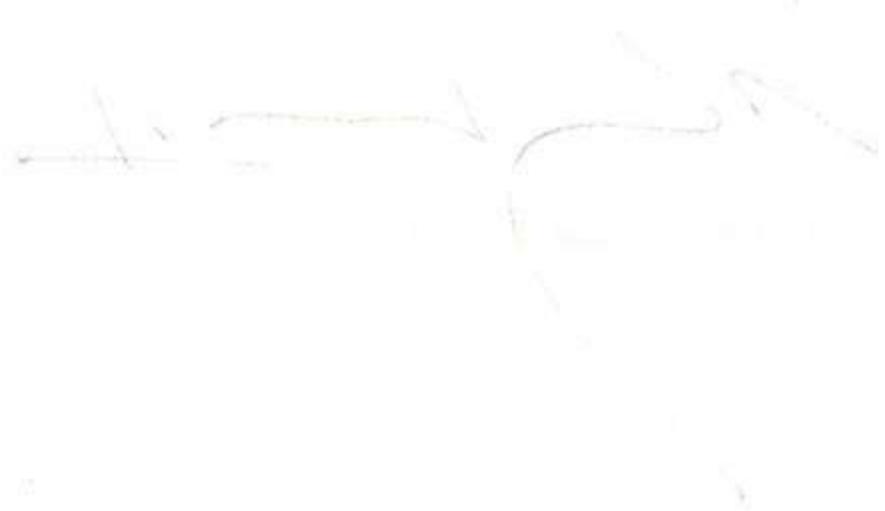
Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER



Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2018-00266 -01
Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**
Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral que **WILSON PULIDO CRISTANCHO** promoviese contra **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**.

I. SENTENCIA

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de prestación de servicios

profesionales el 23 de octubre de 2007. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago, por concepto de honorarios profesionales de las siguientes sumas de dinero: \$43'300.000 que hoy ascienden a \$60'874.495, por concepto de venta de derechos herenciales de Miguel Alexander y Jenny Adriana Casas Ospina a los demandados, intereses civiles, e indexación,; \$46'027.090 que hoy ascienden a \$48'426.938, por concepto de los procesos de sucesión adelantados en representación de los demandados, intereses civiles, e indexación; y \$50'000.000 que hoy ascienden a \$102'229.561, por concepto de venta de derechos herenciales de Claudia Marcela y María del Pilar Casas Arias y los demandados, intereses civiles e indexación.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: **1)** Celebró con los demandados contrato de prestación de servicios profesionales el 23 de octubre de 2007, para prestar sus servicios como abogado en todo tipo de diligencias que se adelantarán con ocasión de la muerte de José Miguel Casas López; **2)** La suma pactada como contraprestación de sus servicios era el 10% del monto generado por cualquier concepto dentro de las diligencias que se celebraran con ocasión de la muerte de José Miguel Casas López; **3)** El 15 de abril de 2008, los demandados y sus hermanas, Claudia Marcela y María del Pilar Casas Arias celebraron un acuerdo de venta de derechos herenciales por la suma de \$566'000.000, pactándose que por concepto de honorarios se pagaría \$50'000.000; **4)** El 28 de junio de 2008, los demandados y Miguel Alexander y Jenny Adriana Casas Ospina, celebraron un acuerdo de venta de derechos herenciales por la suma de \$433'000.000; **5)** El anterior acuerdo fue demandado ante la jurisdicción civil por Miguel Alexander y Jenny Adriana Casas Ospina por un supuesto incumplimiento del acuerdo por parte de los demandados, de manera que tuvo que asumir su defensa judicial; **6)** El proceso aludido terminó el 22 de agosto de 2014

con sentencia del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, declarándose el incumplimiento de los demandantes sin ninguna indemnización a cargo de Miguel Mauricio y Leonardo Casas Arias; 7) Ante el incumplimiento en el acuerdo de venta de derechos herenciales ejercido por Miguel Alexander y Jenny Adriana Casas Opina se debió surtir proceso de sucesión ante el Juzgado Cuarto de Familia bajo el radicado 2007-1249, el cual finalizó el 29 de septiembre de 2017, teniendo como beneficiarios a los demandados; 8) Los bienes que hicieron parte de la sucesión de José Miguel Casas López equivalían a la suma de \$440'292.402,73; 9) Veló por los intereses de los demandados en otro tipo de procesos tales como: declaración de compañera permanente de Ofelia Ospina Angarita de José Miguel Casas López que resultó desfavorable para la señora Ospina, denuncia penal adelantada por Ofelia Ospina Angarita contra Leonardo Casas Arias, proceso de sucesión ante el Juzgado Dieciocho de Familia que finalizó por haberse iniciado el proceso con radicado 2007-1249, los correspondientes trámites ante la DIAN para que se pudiera llevar a buen término los demás gestiones surtidas, defendió a los demandados en el proceso en el que se pretendió desvirtuar la validez de la sociedad Casas-Arias (el que terminó de forma favorable a los demandados), asesoró y atendió todos los requerimientos de los demandados; 10) Los honorarios pactados ascienden a la suma de \$100'000.000; y 11) El 19 de junio de 2015 se llegó a un acuerdo con los demandados de que los honorarios se reducirían a \$60'000.000, siempre y cuando se pagarán \$20'000.000 en aquel momento, y \$40'000.000 al finalizar el proceso de sucesión, no obstante, los demandados incumplieron el acuerdo de pago y no han pagado las sumas acordadas por concepto de honorarios.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS (fls.39 a 49), presentaron oposición frente a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito

que denominaron honorarios realmente acordados, falta de exigibilidad de la obligación a cargo de los demandados, incumplimiento del contrato de mandato por parte del Dr. Wilson Pulido Cristancho, falta de legitimación e la causa por pasiva, y prescripción de la acción ordinaria.

Expusieron que entre las partes se hicieron varios acuerdos de honorarios, y que los demandados le iban pagando al accionante, efectuándose cinco o seis pagos distintos, estableciéndose como suma debida, \$60'000.000; y que de tal valor se pagaron \$20'000.000.

Indicaron que el pago de los \$40'000.000 restantes quedó sometido a *plazo*, esto es, a la terminación del proceso de sucesión; que lo anterior no ha sucedido, ya que brilla por su ausencia comunicación del demandante donde informe a los demandados que el proceso de sucesión finalizó.

Finalmente, explicaron que el demandante abandonó el proceso de sucesión y no volvió a actuar en este desde el 21 de mayo de 2015; que si el proceso de sucesión terminó el 22 de agosto de 2014, y se presentó demanda de honorarios el 04 de mayo de 2018, operó la excepción de prescripción.

2.1. REFORMA A LA DEMANDA.

Mediante escrito del 11 de diciembre de 2018 se reformó la demanda únicamente en lo referente a que se allegaba copia auténtica del trabajo de partición y de la sentencia que la aprobó, con constancia de ejecutoria expedida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá (fl.58).

Al dar contestación a la reforma a la demanda **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS** (fls. 138 a 154), reiteraron su oposición a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

denominaron honorarios realmente acordados, falta de exigibilidad de la obligación a cargo de los demandados, incumplimiento del contrato de mandato por parte del Dr. Wilson Pulido Cristancho, falta de legitimación e la causa por pasiva, prescripción de la acción ordinaria, y convención existente entre las partes.

Agregaron que está confesado por parte del accionante que se pactó la suma de \$60'000.000, de los cuales \$10'00.0000 debían ser pagados el 29 de mayo (sic), \$10'000.000 el 12 de junio (sic), y \$40'000.000 al finalizar el proceso de sucesión; y que han pagado \$20.000.000 según comprobante No. 1688 (sic).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de septiembre de 2020, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO. - CONDENAR a Miguel Mauricio y Leonardo Casas Arias a pagar a favor del actor, la suma de \$60'000.000, por concepto de honorarios profesionales derivados de su gestión profesional.

SEGUNDO. - ABSOLVER a los demandados de las demás súplicas de la demanda, con base en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO. - DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por los demandados.

CUARTO. - CONDENAR en costas a los demandados, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1'800.000.

En síntesis, refirió que tanto de los interrogatorios de parte como de la contestación de la demanda se puede extraer la intención unívoca de las partes de celebrar un contrato de mandato para que el demandante efectuara todas las gestiones judiciales a nombre de los demandados relacionadas con el fallecimiento de su padre, José Miguel Casas López; que el 19 de junio de 2015 se modificó la suma pactada por concepto de honorarios, en el sentido de establecer que se fijaba por todas las

actuaciones adelantadas por el actor, la suma de \$60'000.000; y que la obligación pactada era de medio y no de resultado.

Adujo que el accionante acreditó la prestación de sus servicios como abogado en los siguientes trámites; i) Proceso 2009-655 que se adelantó ante el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá de Ofelia Ospina Angarita, Miguel Alexander y Jenny Adriana Casas Opina contra los demandados, y que versó sobre la resolución del contrato de venta de derechos herenciales por incumplimiento de éstos últimos; proceso en el que el actor presentó recurso de apelación, finalizando el 25 de agosto de 2014; ii) Proceso que se adelantó ante el Juzgado 7 de Familia (sic) y que tuvo su segunda instancia ante la Sala de Familia del Tribunal de Superior de Bogotá, en la que se solicitó la declaración de la unión marital de hecho de Ofelia Ospina Angarita con José Miguel Casas López; y iii) Juicio de familia ante el Juzgado 4 de Familia (sic), que es la sucesión intestada de José Miguel Casas López.

Indicó que el accionante allegó los documentos que dan cuenta de su gestión para lograr la finalización del proceso de sucesión por el fallecimiento de José Miguel Casas López; que es este proceso finalizó mediante sentencia a través de la que se aprobó el trabajo de partición, ordenó la inscripción del trabajo partición en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos donde se encuentra inscrito muebles y Secretaría de Movilidad, y ordenó la protocolización del trabajo de partición y de la sentencia aprobatoria en la Notaria 34 del Círculo de Bogotá; que dicha sentencia quedó ejecutoriada al no interponerse recurso, por lo que con esta terminó el proceso de sucesión; y que el último plazo para efectuar el pago de los honorarios era la terminación del proceso, ese fue su marco de referencia, sin que fuera necesario adelantar los trámites posteriores a través de abogado.

Señaló que con la renegociación del precio se entiende que se estableció un nuevo valor a pagar, pese a que ya se habían pagado \$35'000.000 según comprobantes de pago; y que en el nuevo pacto se estableció que se pagaría la suma de \$60'000.000, de los cuales obra constancia del pago de \$20'000.000 en cheques; que conforme al artículo 622 del C.Co. para que los títulos valores tengan oponibilidad deben presentarse por escrito, por lo que al manifestarse su falta de reconocimiento por parte del accionante en el comprobante de egreso, le correspondía a los demandados acreditar su efectivo canje en el banco, al estar frente a una negación indefinida.

En último término, expresó que la prescripción de que trata el artículo 882 del C.Co. está referida a los títulos valores, pero no como consecuencia de los servicios profesionales; que por lo anterior, los honorarios son exigibles desde el momento en que el demandante cumplió su gestión, esto es, a partir de septiembre de 2017, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia del proceso de sucesión; que no hay lugar a intereses civiles, en la medida que no se acreditó que se hubiera constituido en mora a los demandados; y que la indexación sólo se hace extensible a relaciones laborales, más no civiles.

IV. APELACIÓN

PARTE DEMANDADA.

Su apoderado, manifestó que en el proceso obra material probatorio en el que consta el pago de \$20'000.000 con cheque del cual obra rúbrica del actor; que el demandante era quien tenía la carga de acreditar que el cheque objeto de pago fue devuelto, pues conforme al artículo 882 del C.Co. establece a su cargo la obligación de devolverlo; que si el demandante dejó prescribir en su poder el título valor, debe atenerse a lo que dispone la normatividad que rige la materia, pues con ello se entiende que se extinguió la acción originaria; y que si el cheque

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

fue devuelto se debió entregar directamente al girador, Mauricio Casas, no a su secretaria ni a otra persona, por demás que en interrogatorio de parte, los demandados dijeron que en caso que existieran devoluciones de cheques, ellos le pagaban en efectivo al accionante el valor que se adeudara.

Explicó que por lo dicho en precedencia, máximo se debió condenar a pagar la suma de \$40'000.000, empero que en todo caso, el abogado demandante no efectuó comunicación alguna a los demandados, señalando que la sentencia había salido y que se encontraba ejecutoriada; que es labor de los apoderados informar a sus clientes de las actuaciones, los que no están en la obligación de estar consultando en la página de la rama judicial o de estarse acercando a los juzgados para saber si ya finalizó su proceso; que si bien el proceso de sucesión termina con la sentencia de partición, y que las partes pueden efectuar los correspondientes registros, también lo es que si hay devolución para que se efectúen correcciones a las mismas, se debían efectuar por el apoderado; y que por lo anterior, la exigibilidad de la obligación únicamente resulta procedente desde que se informó la existencia de la sentencia, lo que fue a través de este proceso judicial, por demás que el demandante abandonó el proceso, se tuvo que hacer la partición con la colaboración de otros abogados.

Finiquitó señalando que al entenderse que la exigibilidad de la obligación surgió en el proceso, no se podría condenar en costas.

PARTE DEMANDANTE.

Adujo que si bien se hizo un ofrecimiento de que se reconociera la suma de \$60'000.000, este estaba supeditado al cumplimiento del acuerdo; y que al existir incumplimiento en la suma anteriormente mencionada, se tendría que acudir a la suma inicialmente pactada que es muy superior a los \$60'000.000,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2018-00266 -01
Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**
Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

pues por la venta de derechos herenciales de Miguel Alexander y Jenny Adriana Casas Ospina se había pactado un pago aproximado de \$43'300.000, por los procesos de sucesión adelantados en representación de los demandados se debía pagar \$48'426.938, y por la venta derechos herenciales de Claudia Marcela y María del Pilar Casas Arias, \$50'000.000.

Señaló, frente a los intereses civiles, que no es necesaria la constitución en mora, pues no son los mismos consagrados en el Código de Comercio sino además porque su cuantía es muy baja; y que el artículo 94 del C.G.P. explica que acto de notificación del auto admisorio de la demanda genera el acto de constitución en mora.

Concluyó expresando que la indexación es un derecho incorporado en la Constitución para cualquier obligación por la pérdida del valor adquisitivo del dinero; y que no es excluyente con los intereses civiles según criterio de la Corte Suprema de Justicia.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de noviembre de 2020, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar su posición.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar la suma que le debe ser reconocida al demandante por concepto de honorarios; y si hay lugar a intereses civiles e indexación.

HONORARIOS.

Los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C., tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil- en sentencia del 10 de abril de 2013, Exp. 11001 31 03 043 2006 00782 01, reiterando la del 17 de mayo de 1995, Exp. 4512:

"3.2 El establecimiento de las condiciones del negocio en general, al igual que la concreción de potestades y la generación de obligaciones, por excelencia, deriva del ejercicio del libre gobierno que tienen los ciudadanos para disciplinar sus intereses, designio que ha plasmado la Corte en estos términos: "Como es suficientemente conocido, uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio éste que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (Sent. Civ. de 17 de mayo de 1995, Exp. 4512).

Naturalmente, en desarrollo de tal prerrogativa o en ejercicio del rol asumido, su titular detenta plena disposición para desligarse del derecho y deber de permanecer atado al vínculo; deshaciendo las cosas en igual manera en que se hicieron, por supuesto y necesariamente, al abrigo de la normatividad vigente y de los dictados de la convención, la que se erige frente a las partes en una verdadera fuente del derecho (C.C. Art. 1602), por residir en ellas la soberanía y la garantía que le dispensa el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad (Art. 3° Constitución Política). En

efecto, con tino se ha dicho que: *“la idea del contrato y su obligatoriedad encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto mismo que a ella le es debido. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autoreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “de la voluntad”.*

Ahora bien, la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, debe aplicarse en armonía del artículo 1618 del C.C., de manera que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Sobre el tópic, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Civil- estableció en sentencia del 28 de junio de 1989 reiterada en las sentencias del 07 de febrero de 2008 y 30 de agosto de 2011, Ref: 2001-06915-01 y 11001-3103-012-1999-01957-01, lo siguiente:

“Ex abundante jurisprudencia, ha señalado la Sala:

1. Interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas. agosto 27/1971 y julio 5/1983) el alcance de su contenido (cas. diciembre 10/1999, exp. 5277) y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. febrero 18/2003. exp. 6806).

Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989).

Así las cosas, es claro que es deber del juzgador establecer cuál fue la intención de las partes plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, lo que no se reduce ni se supedita, aun siendo claro al sentido literal de las palabras, por cuanto en todo caso, es necesario reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal.

En el sub examine, tenemos que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales o contrato de mandato, el cual se encuentra regulado en el artículo 2142 del C.C., dicha norma señala:

“Artículo 2142. Definición de mandato

El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 10 de diciembre de 2007, Rad.10046 reiterada en las sentencias SL11265-2017, SL2545-2019 y SL613-2021, ha establecido que la onerosidad es un elemento del contrato de prestación de servicios profesionales, por lo que es dable suponer que el ejercicio de la abogacía es remunerado. En efecto, la primera providencia dice:

“[...] es de suponer que el ejercicio de la abogacía como el de cualquier profesión liberal genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no uno esencial en cuanto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o de manera que su retribución sea aleatoria, como cuando se condiciona a la obtención de un resultado (subrayado fuera de texto).

Siendo ello así, quien ejerce la profesión de abogado, como el que ejecuta cualquier otra profesión liberal que genere honorarios, salvo que decida hacerlo de manera gratuita, tiene derecho a reclamarlos cuando esté demostrada la actividad profesional para la cual fue contratado, ello en razón a que el contrato de mandato es por naturaleza oneroso; por tanto, es de suponer que, por lo general, tales profesionales obtienen el sustento para sí y para sus familias de los servicios que prestan a sus clientes”.

De igual manera, ha considerado la misma Corporación, que cuando el monto de los honorarios no está sujeto ineludiblemente a la terminación de cada proceso o a al recaudo efectivo de los créditos, la manera de materializar y hacer efectivo el derecho reclamado es teniendo en cuenta la naturaleza, cantidad, calidad e intensidad de la gestión profesional desplegada, hasta el momento en que finaliza la actuación del mandatario (CSJ SL3212-2018); y que si en el contrato de mandato, la contraprestación por la actividad profesional se encuentra definida por acuerdo entre las partes, resulta improcedente su regulación judicial, *“pues el precio del mandato puede ser libremente fijado entre los contratantes, por virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad”* (CSJ SL694-2013).

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) El 23 de octubre de 2007 el señor **WILSON PULIDO CRISTANCHO** celebró contrato de prestación de servicios con **MIGUEL MAURICIO, LEONARDO, CLAUDIA Y MARÍA DEL PILAR CASAS ARIAS**, con la finalidad de que el primero defendiera los intereses de los segundos, en los procesos que se adelantaron con ocasión del fallecimiento de su padre; que las obligaciones del abogado serían de medio y no de fin; y que pagarían por concepto de honorarios el 10% de los dineros por cualquier concepto se generen con

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

ocasión del fallecimiento de José Miguel Casas López (fl.57-medio óptico).

- ii) En acuerdo de venta de derechos herenciales de **CLAUDIA Y MARÍA DEL PILAR CASAS ARIAS** a **MIGUEL MAURICIO y LEONARDO CASAS ARIAS**, por valor de \$566'000.000, se estableció en el numeral cuarto, el pago de \$50'000.000, a favor de **WILSON PULIDO CIRSTANCHO**, por concepto de honorarios (fl.57- medio óptico).
- iii) El 19 de junio de 2015 el demandante presentó un informe a los demandados de las gestiones adelantadas, señalando que por los honorarios se pagaría la suma de \$60'000.000, distribuidos así: \$10'000.000 el 29 de mayo (sic); \$10'000.000 el 12 de junio (sic); y \$40'000.000 con el fin del proceso de sucesión, según medio óptico obrante a folio 57).
- iv) El 29 de septiembre de 2017 se dictó sentencia aprobatoria del trabajo de partición dentro del juicio sucesorio del causante José Miguel Casas López; providencia que quedó ejecutoriada el 05 de octubre de 2017 (fls.111 a 114).

Pues bien, en el análisis de la prueba recaudada, se advierte que entre las partes se celebró un contrato de mandato a fin de que el accionante en su calidad de abogado defendiera los intereses de Miguel Mauricio y Leonardo Casas Arias en los procesos que se adelantaran con ocasión del fallecimiento de su padre José Miguel Casas López; que las obligaciones del abogado serían de medio y no de fin; y que se pagaría por concepto de honorarios el 10% de los dineros por cualquier concepto se generen con ocasión del fallecimiento del causante. Al respecto, se estableció en el contrato de prestación de servicios:

"PRIMERO. - OBJETO: EL ABOGADO se compromete a defender los intereses de los Clientes en los procesos que se adelanten con ocasión al fallecimiento del señor JOSE MIGUEL CASAS LOPEZ, fallecido en esta ciudad el pasado 22 de octubre de 2007, quien en vida se identificaba con la cédula de

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

ciudadanía No. 19'134.267, en los Juzgados Civiles de Familia, Municipales de Circuito, Fiscalías, Juzgados Penales Municipales y del Circuito.

SEGUNDO. - La obligación del ABOGADO es de medio y no de fin y cumplirá el objeto de manera independiente y sin que se pueda nunca alegar subordinación o dependencia de éste a los CLIENTES, y utilizando sus propios, personales medios y el grupo de profesionales que se requieran y que estarán bajo su único y exclusivo mando.

(...) **CUARTA.** - LOS CLIENTES reconocerán y pagará (sic) al abogado por concepto de honorarios profesionales la suma equivalente al 10% de los dineros que por cualquier concepto se generen con ocasión de la muerte del señor JOSE MIGUEL CASAS LOPEZ"

Ahora bien, y en cumplimiento de dicho acuerdo, se observa que el 19 de junio de 2015 el demandante presentó un informe de su gestión, disponiendo en este por voluntad de las partes, modificar lo referente a los honorarios pactados:

"REF: INFORME PROCESOS.

PROCESO No. 2007-1261: SUCESIÓN JOSE MIGUEL CASSA (sic) LOPEZ.

(...) se terminó ya que existía otro proceso en el Juzgado Cuarto de Familia

(...) **PROCESO No. 2007- 1246: SUCESIÓN JOSE MIGUEL CASSA (sic) LOPEZ.**

(...) Este proceso actualmente se encuentra en trámite de Elaboración del Trabajo de Partición.

ACUERDO DE VENTA DE DERECHOS HERENCIALES: Después de una ardua negociación se elevó la escritura pública No. 3936 del 05 de Septiembre de 2.008, mediante la cual se ponía fin a las pretensiones de la familia Ospina, este acuerdo fue desconocido por los citados señores lo que llevó a continuar la sucesión vía judicial, meses después el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Familia- reconoció lo que este abogado venía insistiendo hace muchos años, esto es, que la familia Ospina fue quien incumplió el acuerdo.

TRAMITE NOTARIAL SUCESIÓN: (...) este trámite no se pudo conseguir por el incumplimiento de la familia Ospina.

PROCESO ORDINARIO No. 2009-681: Ante el Juzgado 7 de Familia la señora Ofelia Ospina pretendía que se declarara compañera permanente de José Miguel Casas López (...) Este proceso culminó (sic) con sentencia de primera instancia el 5 de mayo de 2.011, donde pese a que se le reconoció como compañera permanente, SE LE NEGÓ CUALQUIER (sic) PRETENSIÓN

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

PATRIMONILA (sic), reconociendo el Juzgado acertadamente la excepción planteada por este abogado de prescripción de la acción patrimonial.

PROCESO ORDINARIO No. 2011-681: Mediante este proceso los señores Casas Ospina, pretendieron que se declarara (sic) que los señores Casas Arias habían incumplido el acuerdo pactado inicialmente, (...) el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil - señaló (sic) que los únicos que habían incumplido los acuerdos fueron los demandantes.

PROCESO ORDINARIO: En este proceso los señores Casas Ospina pretendieron demandar a la sociedad Casas- Arias, pero este proceso fue atacado y controlado a tiempo y terminó con desistimiento tácito.

OTROS PROCESOS Y TRÁMITES

- Ante la DIAN se adelantó gestión para lograr que se frenara los intereses dentro del pasivo y se dejara una suma única, la cual está vigente actualmente.
- FISCALIAS: Se adelantó defensa del señor Leonardo Casas por denuncias interpuestas en su contra, ninguna prospero (sic) y se archivaron a favor del señor Leonardo.
- Consultas y asesorías telefónicas: Se atendieron consultas y asesorías telefónicas por distintos casos.

Honorarios pactados: Después de una negociación se acordaron (sic) reconocer por lo que falta de terminación del proceso de sucesión la suma de \$60'000.000 que el señor Mauricio Casas se comprometió a pagar así: \$10'000.000 el 29 de mayo, \$10'000.000 el 12 de junio, y el saldo de \$40'000.000 con el fin del proceso.

Estos honorarios no se han cumplido por distintas razones que ha señalado el señor Mauricio Casas.

La aspiración de honorarios como abogados por los más de 10 procesos y trámites era de \$100'000.000, pero se acordó la suma de \$60'000.000, la cual hoy solicito se me cancele". (Subrayado y Negrillas por la Sala).

De conformidad con lo anterior, es claro que el mismo demandante al rendir su informe dejó constancia que hubo una **nueva negociación entre las partes, que modificó el monto y la forma** en que se pagarían honorarios, estableciéndose para el efecto, la suma de \$60'000.000; negociación frente a la que los demandados no presentaron discusión, pues en sus interrogatorios de parte manifestaron:

- **MIGUEL MAURICIO CASAS ARIAS:** En el documento del 19 de junio de 2015, el actor hizo una relación de todos

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

los procesos en los cuales hizo gestión jurídica el demandante tanto de la sucesión de su padre, José Miguel Casas López, así como de otros que nacieron como consecuencia de este; que cumplieron el acuerdo que se pactó en la suma de \$60'000.000, reconociéndose \$20'000.000 a la firma del documento, y señalándose que los \$40'000.000 restantes se pagarían cuando finalizara el proceso de sucesión.

- **LEONARDO CASAS ARIAS:** El demandante fue el 19 de junio de 2015 a su casa y les trajo el primer y último informe sobre los procesos que nacieron como consecuencia del fallecimiento de su padre, José Miguel Casas López; que hicieron cuentas con el demandante, quién manifestó que aún se les adeudaba bastante dinero por su gestión; y que se llegó a un acuerdo económico de \$60'000.000 con el demandante, se le pagó \$20'000.000 y los \$40'000.000 restantes quedaron sujetos a la terminación de la sucesión.

De esta manera, y reconstruida la voluntad de las partes, considera la Sala que la interpretación que tuvo el A Quo frente al valor de los honorarios es la acertada. En efecto, dentro del informe del 19 de junio de 2015 y que fuera redactado por el mismo demandante, no se avizora que la nueva modalidad de pago de los honorarios estuviera sujeta al reconocimiento y pago de los primeros \$20'000.000, como parece interpretarlo el apoderado de la parte actora, por el contrario, el acuerdo es claro en cuanto a que el valor pactado **era** de \$100'000.000 pero que conforme al nuevo acuerdo celebrado la suma sería de \$60'000.000.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de la suma de \$60'000.000 encuentra la Sala que a folio 136 se allegó comprobante de egreso No. 1688 del 19 de junio de 2015 por valor de \$20'000.000, así como la constancia de que el actor recibía

los cheques 608583, 608584, 608585, y 608586 de Bancolombia que ascendían a tal suma.

Sobre el tópico, en su interrogatorio de parte, el demandante informó que el 19 de junio de 2015, los demandados efectuaron el pago acordado por los primeros \$20'000.000 a través de cheque, pero que este fue rechazado por fondos insuficientes; que el cheque fue devuelto a su girador, a través de la esposa del señor Leonardo Casas, quien fungía como secretaria, en el momento en que fue a reclamar; y que le dijeron que entregara el cheque porque le iban a realizar el pago en efectivo, lo que no ocurrió en ese momento ni después.

Bien. Sea lo primero indicar que sobre tales manifestaciones no obra en el expediente prueba alguna que soporte el dicho del demandante, pues no se avizora constancia de que hubiere devuelto el o los cheques a alguno de los demandados o a la esposa del señor Leonardo Casas, por el contrario, se encuentra que sólo hasta mayo de 2019 se elevó un derecho de petición a Bancolombia solicitando información de su cobro, no obstante, no se allegó el soporte respectivo de la devolución de los cheques o su constancia de no pago.

Al punto, el artículo 882 del C.Co. además de establecer que la entrega de títulos valores de contenido crediticio por una obligación valdrá como pago, establece que en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado, tal situación lleva implícita la condición resolutoria del pago, lo que valga la pena aclarar, no es otra que el pago se tendrá como si no se hubiera efectuado, y no que el pacto de honorarios efectuado el 19 de junio de 2015 sobre los honorarios del accionante se tenga por no escrito o como si no hubiere sido estipulado.

Aunado a lo anterior, la citada disposición normativa establece que el acreedor puede hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento

o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo. La norma estudiada establece:

“ARTÍCULO 882. <PAGO CON TÍTULOS VALORES>. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”.

Adicionalmente, y frente al entendimiento de la norma en mención, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 03 de octubre de 2013, Exp. 11001 3103 004 2004 00413 01, ha dicho que el acreedor que pretenda hacer efectivo un título de crédito tiene que efectuar la devolución de este o prestar caución para reparar los eventuales daños que al deudor le pueda representar no hacer tal devolución:

“(...) el acreedor que pretenda utilizar cualquier acción extraída de la causa antecedente que determinó la creación o la transferencia de un título de crédito que permanezca vivo y por ende aún en estado de ser aprovechado como base de recaudo por persona distinta, tiene el mencionado acreedor que devolverlo o prestar caución sustitutiva, a satisfacción del juez, de reparar los eventuales daños que para el deudor pueda representar el no hacerlo en oportunidad (...)” –hace notar la Sala- (Sent. Cas. Civ. 30 de julio de 1992, Exp. 2528).

También, dijo en la sentencia atrás memorada:

“(...) caso en el cual el contratante cumplido o que se allanó a cumplir puede demandar alternativamente la ejecución o la resolución del contrato, siempre que devuelva el título o garantice el pago de los perjuicios que con su no devolución pueda acarrear”d.

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

"Por supuesto que frente a la condición resolutoria del pago, el demandante optó por resolver el contrato que motivó la entrega del cheque, devolviéndolo, inclusive, con la constancia de su no pago (....)"(.....)" -hace notar la Sala- (Sent. Cas. Civ. 23 de junio de 2000, Exp. No. C-4823).

Conforme a lo dicho, y al no aparecer acreditado por parte del demandante que se devolvieron los títulos valores con la respectiva constancia de no pago, así como tampoco que se hubiera iniciado proceso ejecutivo ante la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria para lograr el pago de estos, solicitándose en este la respectiva caución, debe concluirse que se encuentra acreditado el pago de \$20'000.0000 al tenerse constancia del recibo por parte del demandante de los cheques 608583, 608584, 608586, y 608587 a través del Comprobante de Egreso N° 1688 de folios 182 a 183, adicional a la prueba recaudada oficiosamente por la segunda instancia, de la que se desprende que la entidad financiera Bancolombia efectuó el pago de los cheques ya referenciados los días 19 de junio, 21 de julio, 18 de agosto, y 15 de septiembre de 2015; en dicha certificación se determinó:

TRANSACCIÓN	CUENTA	VALOR	FECHA TRANSACCIÓN	NÚMERO DE CHEQUE
CHEQUE PAGADO EN CAJA	574-489956-09	\$ 5.000,000	19/06/2015	608583
CHEQUE GIRADO	574-489956-09	\$ 5.000,000	21/07/2015	608584
CHEQUE GIRADO	574-489956-09	\$ 5.000,000	18/08/2015	608585
CHEQUE GIRADO	574-489956-09	\$ 5.000,000	15/09/2015	608586

Así las cosas, la pasiva tiene pendiente de pagar al demandante la suma de \$40'000.000, la que según lo estipulado por las partes el 19 de junio de 2015 se pagaría al finalizar el proceso de sucesión, sin que de su lectura se desprenda que era obligación del accionante efectuar actuaciones o diligencias adicionales, o comunicarle a los demandados la terminación del proceso de sucesión, pues ello no fue acordado por las partes, recuérdese que los contratos siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes y, por ende, lo que pactan es ley para ellos. En consecuencia, y dado que, de la reconstrucción realizada del acuerdo entre las partes, se interpreta que su intención fue que la gestión del señor Wilson Pulido Cristancho

finalizara junto con el proceso de sucesión, se considera acertado que sea desde ese momento que se produzca el reconocimiento de los honorarios que aún no habían sido objeto de pago.

Del mismo modo, se advierte que para el 19 de junio de 2015 únicamente se encontraba pendiente el trabajo de partición y la correspondiente aprobación por parte del Juzgado que conocía de la sucesión, por lo que no se puede alegar que el apoderado abandonó la sucesión de José Miguel Casas López, pues posterior a ello, las únicas actuaciones que se surtieron fueron las siguientes:

- 21 de mayo de 2015, se solicitó remoción de la partidora que estaba nombrada desde septiembre de 2014, labor en la que actuó el apoderado de la parte actora (medio óptico- fl.57).
- Se solicitó que en la partición se agregara el pasivo de la DIAN, por algunos apoderados de los herederos, según da cuenta el trabajo de partición de folios 70 a 86. No se precisa si el actor hizo parte de esa solicitud.
- El 19 de julio de 2016 la partidora presentó trabajo de partición (fls. 70 a 76).
- El 14 de septiembre de 2016, se consideró por parte del Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá que la partición realizada no se ajustaba a derecho, por lo que ordenó que se rehiciera.
- Frente a la decisión de rehacerse el trabajo de partición, se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación por el apoderado José Antonio Poveda, no obstante, fracasó el primero, y el segundo no se concedió por no estar enlistado en el numeral 5° del artículo 509 del C.G.P (fls. 88 a 91).
- Se presentó nuevo trabajo de partición el 09 de marzo de 2017 (fls. 93 a 110).
- El 29 de septiembre de 2017 se dictó sentencia aprobando la partición (fls. 111 a 113).

De esta manera, y dado que se dictó sentencia de partición dentro del proceso de sucesión 2007-1247 el 29 de septiembre de 2017, y que esta providencia quedó debidamente ejecutoriada el 05 de octubre de 2017 según constancia obrante a folio 114, se considera que desde esta última fecha surgió la obligación a cargo de los demandados de pagar la suma que faltaba por concepto de honorarios, esto es, \$40'000.000.

En consideración de lo anterior, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia en el sentido de establecer que deben pagar los demandados a favor del demandante la suma de \$40'000.000 por concepto de honorarios profesionales.

INTERESES MORATORIOS CIVILES.

No hay duda de que el contrato de prestación de servicios profesionales por devenir de un contrato de mandato es de naturaleza civil. En ese orden de ideas, es dable acudir analógicamente al artículo 1617 del C.C. para establecer los intereses legales, ante la demora en el pago de su obligación por parte de los demandados. Al respecto, el numeral 1° de dicha norma establece lo siguiente:

“ARTICULO 1617. <INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO>. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual”.

De esta manera, resulta claro que el interés moratorio que se debe pagar es el equivalente al 6% anual, ante la falta de estipulación expresa de las partes en tal sentido. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL20075-2017 señaló:

Demandante: **WILSON PULIDO CRISTANCHO**

Demandado: **MIGUEL MAURICIO Y LEONARDO CASAS ARIAS**

“A juicio de la Sala, no le asiste razón al recurrente al estimar que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1617 del Código Civil, para regular los intereses moratorios en el *sub lite*. A propósito, el artículo 19 del CST, expresa:

Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

Por la naturaleza del asunto, no hay duda de que el contrato de prestación de servicios profesionales objeto de *litis*, por devenir de un contrato de mandato, es de naturaleza civil. Así lo tuvo claro la sentencia CSJ SL1570-2015, en la que se dijo:

[...] El ad quem no pudo infringir el artículo 2143 del Código Civil pues justamente le sirvió como soporte para indicar que el mandato podía ser gratuito o remunerado, y que la remuneración podía ser determinada bien por convención de las partes, por la ley o por el juez, sin que dicha disposición contenga una prelación taxativa para llegar al valor de los honorarios, y en realidad el propio precepto 2184 numeral 3 del citado Código Civil refiere como obligaciones generales del mandante la de pagar “la remuneración convenida o la usual”, de manera que su tasación, al no existir ningún convenio de los contratantes, está supeditada a aspectos como los que en este asunto tuvo en cuenta el Tribunal, esto es, «la naturaleza de esa gestión, cantidad, calidad e intensidad de la misma, más no hacer nugatorio este derecho».

[...] En virtud de lo anterior, ninguna equivocación puede atribuirse al Juez Plural, al acudir analógicamente al artículo 1617 del Código Civil, para establecer los intereses legales, equivalentes al 6% anual, ante la falta de estipulación expresa de las partes en tal sentido”.

Por tanto, le asiste razón al apoderado de la parte actora en cuanto a que para estos casos resultan procedentes los intereses civiles ante falta de una estipulación expresa en caso de mora en el pago de los honorarios, teniéndose para todos los efectos que dicha mora comenzó cuando terminó el proceso de sucesión de José Miguel Casas López, pues se reitera fue voluntad de las partes, plasmada en el referido contrato, que se pagara la suma de \$40'000.000 una vez finiquitara el proceso en mención.

Conforme a ello, se MODIFICARÁ la sentencia en el sentido de ADICIONAR que se condena a los demandados los intereses moratorios previstos en el artículo 1617 del Código Civil sobre el valor de los honorarios objeto de condena, equivalentes al 6% anual, desde el 30 de septiembre de 2017 hasta el día en que se haga efectivo el pago de la obligación.

INDEXACIÓN

Dado que se profiere condena por concepto de intereses moratorios, no es dable imponer condena por indexación, pues contrario a lo establecido por el apoderado de la parte actora, aquellos resultan incompatibles con la indexación. Así, lo tiene dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en diversa jurisprudencia como lo es la SL20075-2017, en la que dijo:

“A fin de dar claridad frente a lo señalado, es necesario darle razón a la censura en cuanto a las diferencias de los conceptos de la indexación y la mora, pues estas obedecen a causas jurídicas diferentes. De una parte, la mora es la situación en que se coloca el deudor tras su incumplimiento, siempre y cuando se cumpla con alguno de los requisitos que contiene el artículo 1608 del Código Civil, evento a partir del cual se autoriza al acreedor para reclamar el reembolso de los perjuicios que haya podido sufrir por la tardanza en el cumplimiento de su compromiso de pago, el que habilita la retribución de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el monto de la cláusula penal, mientras que la indexación, como ya se dijo, es la actualización del poder adquisitivo del dinero que ha presentado devaluación por el transcurrir del tiempo, frente a la oportunidad de su cancelación.

Ahora bien, como no son compatibles los intereses moratorios bancarios con la indexación, por cuanto si lo que se busca con los intereses es rebajar los efectos adversos producidos sobre el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, debe tenerse en cuenta que uno de esos efectos es el de la devaluación monetaria surtida durante todo el tiempo que dure la anomalía en el cumplimiento, es por esto, que la decisión del Tribunal no luce desatinada, razón por la que tal pronunciamiento se considera acertado y en consecuencia frente a este aspecto la sentencia se conserva incólume, así lo ha precisado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia SC 19 nov. 2001, rad. 6094”.

COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que, al resultar la sentencia totalmente contraria a los intereses de los demandados, lo consecuente es que sean ellos quienes deban asumir tal carga.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia, en el sentido de establecer que Miguel Mauricio Casas Arias y Leonardo Casas Arias deben pagar a favor de Wilson Pulido Cristancho, la suma de \$40'000.000 por concepto de honorarios profesionales.

SEGUNDO. - **MODIFICAR** la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que se condena a Miguel Mauricio Casas Arias y a Leonardo Casas Arias a pagar a favor de Wilson Pulido Cristancho, los intereses moratorios previstos en el artículo 1617 del Código Civil sobre el valor de los honorarios objeto de condena, equivalentes al 6% anual, desde el 30 de septiembre de 2017 hasta el día en que se haga efectivo el pago de la obligación.

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

CUARTO. - Sin costas en esta instancia.

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

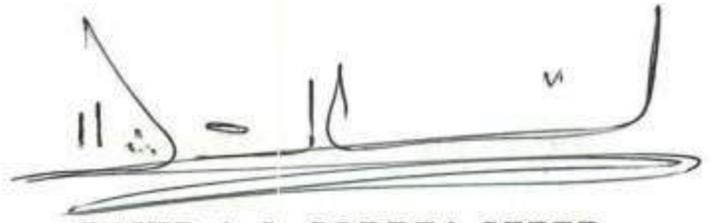
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 015.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES** promoviesen contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda los demandantes solicitan se declare que se encuentran afiliados a la organización sindical ACAV; que esta organización sindical presentó pliego de peticiones el 07 de noviembre de 2018; que el despido de los demandantes fue con ocasión a la presentación del pliego de peticiones por ACAV; que no existió justa causa comprobada para el despido de los demandantes; y que es nulo o ineficaz el despido de los accionantes. Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reintegro o la reinstalación de los demandantes al mismo cargo que venían desempeñando al momento del despido o a uno de superior categoría; que se reconozca el mayor valor correspondiente a salarios, primas legales y extralegales, tiquetes de vacaciones, beneficios establecidos en la convención colectiva de trabajo y en la sentencia T-069 de 2015, cotizaciones al sistema de seguridad social, desde el despido a que se efectúen los correspondientes reintegros; incrementos convencionales; indexación; perjuicios morales y materiales; e intereses corrientes y moratorios.

Subsidiariamente, solicitan indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, e intereses corrientes y moratorios.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) Laura Viviana Perico Torres, Santiago Carvajal Acevedo,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

Sandra Jinneth Neira Clavijo, Jesús David Sánchez Pérez, y Disveki Yuverli Ruiz Pino, suscribieron contrato de trabajo el 01 de junio de 2012, 01 de marzo de 2015, 01 de mayo de 2015, 20 de mayo de 2015, y 16 de marzo de 2016, respectivamente, para desempeñar el cargo de Tripulante de Cabina de Pasajeros; **2)** La labor encomendada a los demandantes se realizó de manera personal, atendiendo instrucciones del empleador, y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste, sin que se llegara a presentar queja o llamado de atención; **3)** Los actores se encuentran afiliados a la organización sindical ACAV; **4)** El 07 de noviembre de 2018 ACAV presentó pliego de peticiones a AVIANCA S.A.; **5)** Les fue terminado su contrato de trabajo estando inmersos dentro del conflicto colectivo; y **6)** La demandada no promovió proceso disciplinario en contra de los demandantes.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

AVIANCA S.A. (fls. 896 a 911), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de fuero circunstancial, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, improcedencia del pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa y/o reintegro, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, compensación, buena fe, pago, y la genérica o innominada.

Aceptó los extremos temporales indicados frente a cada uno de los demandantes, el cargo a desempeñar de Tripulante de Cabina de Pasajeros; que no se presentaron quejas o llamados de atención; la afiliación de los demandantes a la organización

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

sindical ACAV; la radicación, por parte de ACAV el día 07 de noviembre de 2018, ACAV de pliego de peticiones; y la terminación del contrato de trabajo de los accionantes.

Indicó que la terminación del contrato de trabajo se dio por una facultad legal, ya que la modalidad contractual que existió entre las partes fue a término fijo, y la finalización fue consecuencia de la expiración del plazo pactado; que el fuero circunstancial únicamente restringe la posibilidad de dar por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, no obstante, en el caso la terminación del contrato de los demandantes es consecuencia del vencimiento del plazo fijo pactado; que no se encuentra acreditado cómo la terminación de los contratos de trabajo afectó las actividades de la organización sindical ni muchos menos la cantidad de sus integrantes; y que como consecuencia de la sentencia T-069 de 2015, AVIANCA S.A. debe extender a los trabajadores sindicalizados de ACAV los beneficios del plan voluntario, y garantizar a los trabajadores que renunciaron a ACAV que éstos puedan disfrutar de los beneficios del plan voluntario, órdenes que se encuentra cumpliendo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a AVIANCA S.A. a reintegrar sin solución de continuidad a los demandantes en los cargos de Auxiliares de Vuelo Tripulantes de Cabina Nacional que venían desempeñando al momento de la desvinculación.

SEGUNDO: ORDENAR el reintegro de los demandantes a partir de las siguientes fechas, así:

- DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, a partir del 16 de marzo de 2019.
- SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, a partir del 01 de mayo de 2019.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

- JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, a partir del 01 de mayo de 2019.
- SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, a partir del 01 de marzo de 2019.
- LAURA VIVIANA PERICO TORRES, a partir del 01 de junio de 2019.

TERCERO: CONDENAR a AVIANCA S.A. a cancelar salarios, prestaciones legales y extralegales entre el tiempo de la desvinculación y el tiempo del efectivo reintegro, así como los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, sin solución de continuidad.

CUARTO: ABSOLVER a AVIANCA S.A. de las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por AVIANCA S.A.

SEXTO: CONDENAR en costas a AVIANCA S.A., se señalan como agencias en derecho la suma de \$2'000.000 a favor de cada uno de los demandantes y a cargo de la demandada.

En síntesis, refirió que está acreditado que los demandantes laboraron con AVIANCA S.A. mediante contrato a término fijo, que eran Tripulantes de Cabina de Pasajeros, que se encontraban afiliados a la organización sindical ACAV; y que de conformidad con el acervo probatorio las relaciones laborales finalizaron por expiración del plazo fijo pactado.

Indicó que conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia si bien la expiración del plazo de un modo legal de terminación, ello no significa que sea una causal objetiva, pues el empleador tiene la facultad de prorrogarlo o terminarlo; y que los contratos a término fijo en Colombia no tienen límites en cuanto a sus prórrogas, por lo que esta modalidad contractual puede prestarse para abusos, especialmente en la fase de terminación del contrato de trabajo y cuando se quiere prescindir de determinado grupo de trabajadores.

Explicó que el decaimiento del pliego de peticiones se presenta cuando la organización sindical no despliega actividades tendientes a que efectúe su negociación; que en el caso se observa que se presentó el pliego de peticiones, fueron instaladas las correspondientes mesas para que fuera efectuado

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

el arreglo directo, y se convocó Tribunal de Arbitramento el 05 de abril de 2019; y que por lo anterior, cuando se dio terminación a los contratos de trabajo de los demandantes estaba vigente el conflicto colectivo, de modo que resulta procedente su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones, y aportes a seguridad social dejados de percibir.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

AVIANCA S.A.

Manifestó que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece únicamente la garantía del fuero circunstancial para trabajadores que son despedidos sin justa causa comprobada; que los contratos de los demandantes finalizaron por la expiración del plazo fijo pactado, tipo de terminación que es modalidad de un vínculo contractual, una forma de finiquitar un vínculo de manera legal; que se acreditó con el testigo Jesús Hurtado, que los despidos de los demandantes se efectuaron sin realizar distinción de su calidad de sindicalizados sino como consecuencia de una reestructuración empresarial, lo que también permitía la terminación de los vínculos laborales de los accionantes conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia; que según la totalidad de los testigos se adelantaron todas las etapas de conflicto colectivo, y que en noviembre de 2020 hubo un retiro del pliego de peticiones, por lo que en ese orden de ideas es dable establecer que hubo un decaimiento del fuero circunstancial.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00597 -01

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si los demandantes gozaban de fuero circunstancial al momento de ser finiquitado su vínculo contractual, y si como consecuencia de ello deben ser reintegrados al cargo que venían desempeñando o a uno de superior categoría.

FUERO CIRCUNSTANCIAL.

El fuero circunstancial es un mecanismo de protección del que gozan los trabajadores que presentan un pliego de petición a su empleador que impide que este los despida sin justa causa. Este beneficio está contenido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965:

“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

En relación con el conflicto colectivo de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4323-2021, estableció que este “nace a la vida jurídica con la presentación del pliego de peticiones, ya sea por la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, así como que el mismo genera consecuencias inmediatas tales como el inicio de la etapa de arreglo directo y el nacimiento de figuras que propenden por la protección del derecho de asociación sindical y la estabilidad en el empleo, verbigracia, el fuero circunstancial” (ver también CSJ SL3429-2020, CSJ SL, 23 nov. 2010, rad. 33677 y CSJ SL229-2019, CSJ SL1974-2013, CSJ SL16788-2017, SL14066-2016 y SL6732-2015).

En cuanto a la *duración* del mismo, en sentencia **SL4072-2021** la Alta Corporación explicó, que si bien en principio el fuero circunstancial opera durante la negociación colectiva y que se mantiene hasta que se termina el conflicto, debe existir un interés de las partes en finiquitarlo, de manera que, si el empleador no inicia las correspondientes negociaciones, deberá la organización sindical promover las acciones correspondientes para promover el inicio de las conversaciones e impulsar el proceso de la negociación, pues de lo contrario se entiende que declinó de sus pedimentos.

Al respecto, dijo expresamente:

Ahora, tal como lo ha enseñado la Corte, aun cuando el fuero circunstancial opera durante la negociación colectiva, este no se previó como un amparo indefinido, por cuanto se mantiene únicamente hasta que termine el conflicto, siempre que se observen los términos legales de las etapas establecidas para su arreglo; situación de la que se deriva que dicha protección puede culminar en los eventos en los que no sea posible ponerle fin de forma normal, al no advertirse, por parte de quienes lo promueven, el interés necesario para finiquitarlo.

(...) Al respecto en la providencia CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 42225 se enseñó:

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

(...) "Ciertamente el artículo 36 del Decreto 1469 de 1978 estipula que la protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y termina cuando se ha solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral.

Una interpretación literal, gramatical o exegética de ese texto puede llevar a aseverar, como de suyo lo hace el recurrente, que en todos los casos y circunstancias en que se presente un pliego de peticiones al empleador empieza a regir el denominado fuero circunstancial, el cual sólo se extingue cuando se firma la convención o el pacto colectivo, o queda en firme el laudo arbitral, si fuere el caso; según dicho entendimiento entonces si no se presenta ninguna de estas últimas hipótesis el conflicto sigue latente y la protección foral se perpetúa y continúa surtiendo todos sus efectos.

Dicha exégesis resulta inobjetable, pero únicamente en aquellos trámites en que el conflicto se desenvuelve normalmente, con pleno cumplimiento por las partes negociadoras tanto de las etapas respectivas como de los términos y plazos establecidos en la legislación laboral para cada una de ellas.

Empero, si hay incumplimiento de alguno de esos pasos y ello por su gravedad hace imposible la continuación del curso normal del trámite del diferendo, naturalmente no puede suponerse que el conflicto sigue existiendo y de paso también la protección foral, mucho menos si aquella situación se produjo en virtud de un acto administrativo proferido por la autoridad del trabajo, que se presume legal y válido mientras no sea anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa, y además una de las partes no muestra interés en sanear la irregularidad en que la otra ha incurrido ni en zanjar las diferencias por el mecanismo de la autocomposición (...).

Lo expuesto pone de relieve que la vigencia del conflicto impone el cumplimiento de las obligaciones que recaen en cada una de las partes, para el empleador, el dar inicio a la etapa de arreglo directo y recibir los representantes del sindicato o grupo de trabajadores en los plazos estipulados por el artículo 433 del CST, y a los trabajadores y sindicato, ejercer de manera activa las gestiones administrativas y judiciales necesarias para dar inicio a las conversaciones de arreglo directo e impulsar el proceso de negociación.

(...) Así se colige también de las funciones asignadas a las asociaciones sindicales en los numerales 2.º y 3.º del artículo 474 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales señalan que corresponde a los sindicatos, además de *«presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo»* la de *«adelantar la tramitación legal de los pliegos de peticiones»*, de suerte que, constituye una obligación de la organización de trabajadores

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

realizar todas las gestiones administrativas y judiciales dispuestas a su alcance con el fin de promover el inicio de las conversaciones de arreglo directo cuando el empleador se niegue a negociar, a menos que se esté de acuerdo con tal determinación.

En ese contexto, no puede desconocerse que el derecho colectivo ha dotado a la organización sindical de herramientas con el propósito de forzar a los empleadores a iniciar las conversaciones del pliego de peticiones en la etapa de arreglo directo, como es el caso de la queja que puede interponer el sindicato en ejercicio de sus funciones ante la autoridad administrativa del trabajo, con el fin de que se sancione al empleador en la forma dispuesta en numeral 2.º del artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 21 de la Ley 11 de 1984.

En ese contexto, la conducta asumida por las partes en el inicio de las conversaciones es un aspecto de suma trascendencia que debe valorarse a efectos de establecer la voluntad inequívoca de los interesados en continuar con el curso normal del trámite del diferendo, pues la posición asumida por cada uno de los actores es la que marca la subsistencia del conflicto colectivo, con todas las consecuencias que de ello deriva.

De suerte que, en los eventos en que las empresas se nieguen a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal (art. 433 CST), y frente a tal actuar la asociación sindical guarde silencio o no utilice los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones, resulta razonable entender, a partir de ese hecho, la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron.

Lo contrario sería desconocer algunos de los objetivos de la negociación colectiva, como es que el conflicto colectivo de trabajo alcance su cabal desarrollo a través de un diálogo verdadero entre las partes involucradas, y una solución pacífica sin demoras injustificadas para mantener una convivencia armoniosa de los sujetos de las relaciones de trabajo. (Subrayado de la Sala)".

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) En Avianca S.A. se encuentra vigente la Convención Colectiva de Trabajo de 2002 celebrada con las

Demandante: **DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, Y LAURA VIVIANA PERICO TORRES.**

Demandado: **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA S.A.**

organizaciones sindicales SAM y HELICOL (fls. 46 a 134).

- ii)** Mediante Acuerdo Convencional del 02 de octubre de 2003 se extendieron los privilegios convencionales a los afiliados de ACAV (fls. 135 a 159).
- iii)** El 25 de agosto de 2005 se introdujeron nuevas modificaciones a la Convención Colectiva de Trabajo de 2002, beneficios que se pactaron hasta el 30 de junio de 2010 (fls.162 a 212).
- iv)** DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ y LAURA VIVIANA PERICO TORRES fueron vinculados a AVIANCA S.A. mediante contrato de trabajo a término fijo los días 16 de marzo de 2016, 01 de mayo de 2015, 01 de marzo de 2015, 20 de mayo de 2015, 01 de junio de 2012, por un término inicial de seis meses respectivamente (fls. 310 a 315, 418 a 420, 540 a 543, 953 y 958 a 962).
- v)** DIVESKI YUBERLIN RUIZ PINO, SANDRA JINNETH NEIRA CLAVIJO, SANTIAGO CARVAJAL ACEVEDO, JESÚS DAVID SÁNCHEZ PÉREZ, y LAURA VIVIANA PERICO TORRES, se afiliaron a ACAV el 02 de noviembre de 2016, 03 de enero de 2017, 05 de abril de 2016, 05 de julio de 2016 y 04 de agosto de 2015, respectivamente (fls. 242, 364, 458, 470, y 485).
- vi)** El 14 de noviembre de 2018, ACAV radicó pliego de peticiones a AVIANCA S.A., quien propuso que se efectuaran las conversaciones dentro de la etapa de arreglo directo el 20 de noviembre de 2018 (fls. 37 a 43).
- vii)** El 20 de noviembre de 2018 se instaló mesa de negociación del pliego de peticiones presentado por