



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

PROCESO SUMARIO No. 00-2021-01026-01
ASUNTO: ADICION SENTENCIA
DEMANDANTE: JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA COMPLEMENTARIA

Al conocer de la solicitud presentada por el señor JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA en la cual manifiesta estar parcialmente satisfecho con el fallo de segunda instancia, toda vez que tanto en el fallo proferido por esta Corporación al igual que en el dictado en primera instancia se omitió hacer mención sobre uno de los puntos de las pretensiones de la demanda, como es el correspondiente a los intereses moratorios.

ANTECEDENTES

El señor JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA interpuso demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se le reconozca y



pague las incapacidades aportadas por valor de \$5'928.941 más los intereses moratorios que estipula el Decreto 1281 de 2002. (fls. 3 cuaderno N° 01).

Una vez surtidas todas las etapas procesales, la Superintendencia Nacional de Salud profirió sentencia el 18 de septiembre de 2020 en la cual señaló que accedía a las pretensiones de la demanda; ordenó a SALUD TOTAL EPS pagar la suma de \$2'034.500 por concepto de las incapacidades laborales P7074497, P7074501, P7057347, P7080528 y nada se dijo sobre los intereses moratorios solicitados. (fls. 456 a 462 cuaderno N° 2)

El actor presentó recurso de apelación señalando que su desacuerdo con la sentencia consiste en la forma en que se liquidaron las incapacidades y solicita se determine en la segunda instancia el monto al que se condena SALUD TOTAL por concepto de intereses moratorios ya que en la primera instancia no se determinó. (fls. 467 a 470 cuaderno N° 2)

Esta Corporación desató la segunda instancia mediante sentencia del 30 de noviembre de 2021 en la cual se modificó el numeral primero de la decisión proferida en primera instancia en el sentido de ORDENAR a SALUD TOTAL EPS el pago de \$6'125.644 por concepto de incapacidades y nada se dijo sobre los intereses moratorios. (fls. 1 a 12 cuaderno Tribunal)

CONSIDERACIONES

El artículo 287 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS señala que cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria.

La inconformidad del demandante radica en que no se hizo ningún pronunciamiento respecto de la solicitud de intereses moratorios, frente a



lo cual le asiste razón; por lo que la Sala ordena adicionar la sentencia para resolver sobre los intereses moratorios deprecados, de la siguiente manera:

En cuanto a los intereses moratorios, se observa que en efecto el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, prevé que el pago de incapacidades se debe efectuar por parte de la EPS en un plazo no mayor a 5 días hábiles, vencidos los cuales, la EPS obligada al pago de la incapacidad deberá reconocer y pagar intereses moratorios, señala la norma en cita:

Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, **será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC.***

La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002 establece frente a los intereses moratorios que el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.



De conformidad con lo anterior, para que sea procedente el reconocimiento de intereses, debe mediar requerimiento o radicado de la solicitud por parte del titular del derecho, evidenciando que tal aspecto no se cumplió por la activa, pues no se demuestra el requerimiento o la solicitud de la prestación debatida, ante la EPS demandada, circunstancia que hace improcedentes los intereses moratorios de que trata el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de NEGAR los intereses moratorios deprecados por la parte actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído..

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: DIAN

DEMANDADO: SANITAS EPS

RADICADO: 1100122050-00-2022-00192-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 31 de agosto de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual no se accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS SANITAS el reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad a favor de la DIAN por la suma de \$145.333 más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002. (fl. 1 reverso cuaderno principal)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que el servidor público FREDY JAVIER PERAFAN PINZÓN presta sus servicios en esa entidad desde el 03 de enero de 2012 y que actualmente desempeña el cargo de FACILITADOR IV Código 104 Grado 04 ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Viajeros -División de Gestión de la Operación Aduanera- Dirección Seccional de Aduanas de Cali; que el mencionado servidor se encuentra afiliado a la EPS SOS; que el servidor utilizó los servicios de la

EPS SOS y que se le generó una incapacidad del 24 de julio de 2012 al 30 de julio de 2012 por 7 días; que la incapacidad se generó estando afiliado a la EPS SANITAS; que el Jefe de la Coordinación de nómina nivel central de la DIAN a través del oficio N° 100214309-1393-2015 hizo solicitud de cobro por diferencia en los pagos de incapacidad por 07 días; que la EPS no hizo el pago de la incapacidad. (fl. 1)

Mediante escrito del 30 de mayo del 2018 la parte actora solicitó se corrija la EPS demandada ya que por error involuntario no se relacionó a SANITAS E.P.S. (fl. 34)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada SANITAS EPS contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle los hechos, propuso como excepciones las de indebida aplicación del artículo 132 del CGP, violación al debido proceso, las pretensiones no se dirigen contra mi representada, no hay lugar a reconocimiento económico por parte de la EPS SANITAS, prescripción y derecho al recobro. Señala que una vez revisado el sistema de información se evidenció que la EPS SANITAS validó y expidió la incapacidad comprendida entre el 24 y el 30 de julio de 2012 con número de certificado 53980310 incapacidad que fue expedida con cargo a la ARL. Que se evidencia el origen profesional de la incapacidad, por lo que la responsabilidad del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de estos eventos está bajo la responsabilidad de la ARL por tal motivo se tramitaron a cargo de dicha entidad. Señala que la reclamación se presentó el 17 de septiembre de 2015 y que entre la reclamación y la demanda transcurrió más de 3 años por lo que se encuentra prescrita. (CD fl. 49)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 31 de agosto de 2021, no accedió a las pretensiones de la demanda. Señaló

que uno es el término de prescripción para acudir ante la EPS el cual corresponde a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 y otro es el término de prescripción para acudir a la jurisdicción el cual se encuentra reglado por el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S. el cual establece que el mismo es de 3 años y será interrumpido por la simple reclamación por parte de la demandante. Afirma que es claro que de presentarse la solicitud de pago por el empleador ante la EPS en el término señalado en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 se interrumpirá el término de prescripción señalado en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S.. Indica que el derecho reclamado se encuentra prescrito, pues no se evidencia que se haya presentado reclamación ante la EPS demandada con la cual se interrumpiera la prescripción, pues la reclamación allegada carece de sello de recibido. (fls. 58 a 61 cuaderno principal)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora, interpuso recurso de apelación, argumentando que para efectos de corroborar el oficio 100214309-1393-2015 del 16 de septiembre de 2015 y su correo certificado de fecha 17 de septiembre de 2015 cuyo destinatario es la EPS SANITAS, se encontró que contiene el derecho de petición información pago de incapacidades se allega la guía de entrega por servicios postales nacionales 472 en la que se distingue que fue entregado el 18 de septiembre de 2015 y recibido por el destinatario el 21 de septiembre de 2015 RN 437454527CO. Indica que el término de 3 años de prescripción inicia a partir del pago efectuado al trabajador que comenzó de acuerdo al comprobante de nómina en el mes de noviembre de 2012. Que la interrupción de la prescripción operó con la reclamación de fecha 21 de septiembre de 2015. Que al ser presentada la demanda el 26 de marzo de 2018 se encontraba dentro de los términos previstos por el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S. y finalmente, solicita se condene al pago de los intereses moratorios. (CD fl. 49).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, (i) el determinar si el derecho reclamado se encuentra prescrito como lo dijo la Superintendencia Nacional de Salud o si por el contrario no operó el fenómeno prescriptivo y se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

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

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar

el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

La inconformidad planteada en el presente asunto radica en que el demandante considera que las incapacidades presentadas para su cobro no se encuentran prescritas, contrario a lo señalado por la Superintendencia al proferir el fallo de primera instancia.

Para desatar el recurso planteado debemos remitirnos al artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 el cual establece “*El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador*”.

De manera concordante, los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales del trabajo prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, lapso que puede ser interrumpido con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, por un periodo igual al inicial.

En el presente caso, la obligación se hizo exigible el 30 de noviembre de 2012, fecha en la que la DIAN sufragó la incapacidad a su funcionaria (fl. 25 cuaderno principal), por lo que el término de 3 años que tenía para presentar la reclamación vencía el 30 de noviembre de 2015, sin embargo, sólo radicó la demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud el día 26 de marzo de 2018, por lo que acertó el fallador de primera instancia, al señalar que el derecho a reclamar el reembolso de la incapacidad se encuentra prescrito.

Es necesario anotar, que contrario a lo señalado por el impugnante no puede tenerse que con el escrito del 16 de septiembre de 2015 visible a folio 6 a 8 del cuaderno principal se interrumpió la prescripción, como quiera que dicho escrito no tiene sello de recibido por parte de la EPS SANITAS. Y si bien con la impugnación el accionante allegó una guía de correo certificado en la que aparece que fue recibido por la EPS SANITAS el 21 de septiembre de 2015, lo cierto es, que no se indica que fue lo que se remitió en dicho correo, ni puede establecerse que corresponda al escrito allegado el 16 de septiembre de 2015,

por lo que no se probó que se haya presentado reclamación ante la EPS SANITAS, en este orden, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



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

**PROCESO ORDINARIO No. 6-2018-128
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MILTON DAVID COBO MIRANDA
DEMANDADO: CONURMA INGENIEROS CONSULTORES SL SUCURSAL
COLOMBIA Y FONADE**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de agosto de 2021, por medio del cual CONDENÓ a la demandada a pagar indemnización moratoria y absolvió de las demás, así como de la solidaridad solicitada en cuanto a FONADE

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor **MILTON DAVID COBO MIRANDA** por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

entre las partes existieron dos contratos de trabajo; uno a término fijo de un año desde el 4 de agosto de 2015 y hasta el 4 de agosto de 2017 y otros de labor u obra desde el 9 de agosto hasta el 25 de agosto de 2017. Reclama solidaridad en el pago por parte de **FONADE** y solicita pago de salarios prestaciones y sanciones moratorias. (Fls 3 al 11).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre los partes y con fecha 4 de agosto de 2015, se suscribió un contrato de trabajo, para desempeñar el cargo de arquitecto diseñador, con un salario de \$4.396.604, que el contrató se renovó y que desde junio de 2017 se dejaron de cancelar salarios y tampoco se pagó liquidación de prestaciones sociales, que a partir del 9 de agosto de 2017 se suscribe un nuevo contrato el cual finaliza el 25 del mismo mes y año, que la demandada suscribió contratos con FONADE y que es esta quien al suscribir pólizas debe garantizar los pagos. (Fls 3 al 11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **CONURMA INGENIEROS CONSULTORES SL SUCURSAL COLOMBIA**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, alegando que no existe obligación pendiente y sin desconocer los vínculos laborales que sostuvo con el demandante. En cuanto a los hechos aceptó que suscribió un contrato y que este terminó el 4 de agosto de 2017, por vencimiento del término lo que fue notificado el 30 de junio de 2017. Negó los hechos sobre todo aquellos en los que se afirma que se dejó de cancelar lo adeudado ya que dijo solo se dio un retraso en los pagos y aceptó en su mayoría los demás. Propuso las excepciones de pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe, mala fe del demandante y genérica. (Fls 48 al 52).

FONADE también contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico, toda vez que no existió ningún vínculo con el demandante y no se dan los requisitos del art 34 para la pretendida solidaridad. Agregó en cuanto a los hechos que no le constan, que deben probarse que FONADE es una entidad de carácter financiero, vinculada al DNP por lo que desconoce por competo la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

vinculación del actor con la demandada en forma principal y que, si bien suscribió un contrato con esta sociedad, de las cláusulas pactadas se deduce que no hay solidaridad pues así quedó consagrado. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST, inexistencia de relación laboral entre el demandante y FONADE, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Fls 129 al 147).

Para llegar a la decisión que hoy revisa la Sala la Juez de primer grado, en síntesis expresó: *“.....señala que el problema a resolver es la falta de pago en los dos contratos que existieron entre las partes y la sanción moratoria. Advierte que el demandante confesó en interrogatorio de parte haber recibido la suma de \$19.562290 en virtud de pago por consignación en el juzgado 22 y que según documental aportada son las liquidaciones de los dos contratos, por prestaciones, salarios y vacaciones liquidados con sujeción a extremos y salarios registrados en la demanda. Luego se debe absolver de estos conceptos. De otra parte, como el pago se realizó el 20 de abril de 2018 (fl88) y se autorizó entrega, (fl 89), con una mora de 256 días y 236 días respectivamente en relación con los dos contratos y sin una justificación del pago tardío por lo que la suplica de la demanda en cuanto a moratoria esta llamada a prosperar. Aclara que la iliquidez, insolvencia o crisis económica de una empresa no exime de la moratoria pues no hay fuerza mayor o caso fortuito, pues este debe ser probado, esto es que no se imputable al empleador, que sea irresistible, y que no haya sido posible impedirlo y que sea imprevisible; por tanto, en este caso no es eximente de la moratoria porque la situación advertida no se adecua a la buena fe, según lo ha expresado la CSJ, dado que la quiebra de una empresa no puede afectar los derechos del trabajador, pues estos no pueden asumir las pérdidas del empleador, y los créditos laborales son de primer orden. Agrega que el fracaso es un riesgo que debe asumir el empleador y por tanto previsible, máxime cuando por lo general son por actos imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de reparación La empresa dice según la constitución tiene obligaciones entre ellas el pago de los derechos de los trabajadores. Declaró no probada la excepción de prescripción y absolvió de solidaridad por cuanto no se dan los requisitos del art 34 del CST, en relación con el contrato de consultoría”*

APELACION



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

Inconforme con esta decisión el apoderado de CONURMA INGENIEROS CONSTRUCTORES SUCURSAL COLOMBIA interpuso recurso de apelación, manifestando que: *“... el despacho omite la valoración de las manifestaciones o confesión del demandante en cuanto dice que la empresa si le presentó y si se reunió y si lo invitó a dar solución al tema laboral y eso demuestra la buena fe pues procuró hacerlo. En segundo lugar, los testigos afirmaron a que efectivamente si sabían de manera pública o si se supo o se dio un conocimiento de la situación económica que atravesaba y nadie está obligada a lo imposible y así lo imposible resulte adverso al trabajador. En tercer lugar, no está demostrada que la empresa actuara de manera imprudente, negligente o con dolo en el manejo corporativo, son circunstancia que sucedieron y se dieron a conocer. Ahora la indemnización moratoria no es automática y requiere para su configuración un actuar de mala fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador y no se demostró la mala fe ni tampoco la intención de causar daño al trabajador, lo que apoya en sentencias de la CSJ que cita. Si bien es cierto hubo retraso siempre esa mora estuvo asistida de buena fe e insiste nunca se negó la situación económica y menos que los trabajadores no la conocieran. Insiste en que no se demostraron conductas al margen de la legislación para soterrar los derechos de los trabajadores, nunca quiso causar daño al trabajador*

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S.

De conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria, que : i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer;** ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** iii) **puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y;** iv) **en todo caso, el**



empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

En el presente asunto efectivamente, como señaló la Juez y como también fue aceptado por la demandada, existió mora, no solo en el pago de las prestaciones sociales, sino en el pago de salarios; (desde 2017); los cuales fueron insistentemente reclamados a la demandada, e incluso a FONADE, según consta en documental visible a folio 20 y siguientes.

Es el salario, el que garantiza el sustento del trabajador y su familia, de manera que la omisión en el pago del mismo no puede considerarse como un hecho corporativo que si se presenta, debe asumirlo quien presta sus servicios, dado que como se afirma en el recurso así le desfavorezca, porque nadie está obligado a lo imposible, máxima que no aplica cuando es el dueño de los medios de producción quien se compromete a remunerar los servicios en su beneficio.

De manera que ninguna confesión existe, en lo afirmado por el demandante que sea capaz de acreditar buena fe del demandado, pues no basta que el empleador haya informado un estado de crisis, o que haya invitado al trabajador a buscar soluciones, pues definitivamente estas, solo estaban a su cargo ya que como señaló la Juez es la ley quien en el artículo 28 del C S T consagra; como este puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas.**

Vale decir y desde ya también, que es el empleador quien debe demostrar su buena fe y se equivoca el recurrente cuando afirma que se debió demostrar que actuó de mala fe, porque en este caso sucede que al tratarse de derechos de orden público, del mínimo de derechos y garantías que consagra la legislación en beneficio de los trabajadores, la buena fe no se presume y como ya se indicó y se itera, en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

Ese ha sido el criterio constante de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia SL 845 de febrero 17 de 2021, siendo ponente la Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, vuelve a expresar



“(..)

*Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, **dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.***

*Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, **la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades**, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.*

*Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. **De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente...***

De manera que no basta, con afirmar que se les comunicó a los trabajadores o que se les invitó a solucionar temas laborales en palabras del recurrente, sino que es necesario demostrar no solo que su iliquidez obedece a un hecho de fuerza mayor, imprevisible, evitable de otra manera, sino además que hizo todo cuanto estuvo a su alcance para cumplir con derechos tan fundamentales, como los derivados del contrato de trabajo, siendo primordial y básico el pago de salarios.

Vale resaltar que la Juez de instancia no afirmó que la crisis de la empresa en este caso fuera resultado de negligencia imprudencia o actos dolosos, como



pareció entender el recurrente; tan solo se refirió el A Quo a lo manifestado por la CSJ, al respecto, que en muchas ocasiones ha expresado, como las debacles financieras de los propietarios de los medios de producción, son en muchas ocasiones, consecuencia de esas conductas; tan solo para determinar que solo las crisis inevitables y que no respondan a esas circunstancias podrían exonerar de la sanción moratoria y para ello acudió a sentencias que bien vale la pena recordar una vez más:

“(…)

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le



proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

De otra parte, y finalmente no encuentra la Sala suficiente para exonerar en este caso de sanción moratoria a la demandada; su afirmación de no tener intención de causar daño a los trabajadores; lo cual si bien puede ser cierto no elimina la sanción, pues esta surge de una omisión de tal naturaleza, que incide, como señaló la corte; en la vida misma de los trabajadores y sus familias pues de esos derechos laborales derivan su sustento.

En ese orden, en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, comparte la Sala la conclusión y decisión adoptada por el a – quo, pues **la demandada simplemente tenía que dar cumplimiento a la Ley esto es pagando lo adeudado o en todo caso demostrar que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe; lo cual no sucedió pues, reitera la Sala no bastaba con comunicarlo o socializarlo, para tenerlo por probado.**

Claro resulta y no sobra reiterarlo, que es la demandada quien debe probar que esa iliquidez es resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte y dijo la Juez es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador, **y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma, no siempre ni en este caso** como equivocadamente entendió el recurrente. Por el contrario, reitera la Corte, se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para solucionarlas, excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador, sin que en este caso, se insiste haya una sola prueba de que así haya sido, más que las afirmaciones de la demandada, razón por la que se impone CONFIRMAR la sentencia apelada que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSK

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



DEMANDANTE: DIAN

DEMANDADO: NUEVA EPS

RADICADO: 1100122050-00-2022-00479-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 04 de agosto de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual no se accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la NUEVA EPS el reconocimiento y pago de la licencia por por la suma de \$739.111 más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002. (fl. 2 reverso cuaderno principal)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que el funcionario LUÍS ALBERTO DEVIA CADENA presta sus servicios en la DIAN desde el 01 de mayo de 1974; que actualmente desempeña el cargo de Analista V Código 205 Grado 05 en la División de Gestión Control Carga – Direccional Seccional de Aduanas de Bogotá Nivel Local; que el mencionado servidor se

encuentra afiliado a la NUEVA EPS desde el año 2015; que el funcionario utilizó los servicios prestados por la NUEVA EPS; que se le generó la licencia por enfermedad general del 08 de enero de 2015 al 14 de enero de 2015 por el término de 07 días; que la entidad demandante pagó el salario correspondiente a las diferentes licencias por enfermedad general al citado funcionario, como aparece en los comprobantes de nómina; que la NUEVA E.P.S. no hizo el pago total de las incapacidades y aún adeuda la suma de \$739.111 a la DIAN; que se requirió a la Empresa Promotora de Salud NUEVA E.P.S. por medio de oficio N° 100214309-155-2016 de fecha 09 de febrero de 2016 contentiva de la solicitud de reembolso efectuada directamente a la NUEVA EPS por parte de la DIAN. (fl. 2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. NUEVA EPS** contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 3°, negó el 4° y manifestó no constarle los demás, propuso como excepciones las de prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas, ausencia de soporte probatorio de las pretensiones, incumplimiento del procedimiento para solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, prescripción y la genérica. Señala que las incapacidades otorgadas del 08 de enero al 14 de enero de 2015 no se encontraron en el registro de incapacidades otorgadas al señor DEVIA lo cual sugiere que no fueron expedidas por los prestadores de la red de la NUEVA EPS, por lo que era necesario efectuar su transcripción, sin embargo la demandante no ha efectuado el trámite allegando los soportes requeridos para dar trámite al mismo y en consecuencia, no ha gestionado en debida forma la solicitud de reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas por un profesional de la salud ajeno a la red de prestadores de la NUEVA EPS. Indica que fue sorprendida en sede jurisdiccional para efectuar el pago de una prestación económica emitida por un profesional de la salud ajeno a la red de prestadores de la NUEVA EPS y de la cual no ha tenido la oportunidad de estudiar la viabilidad de su pago, lo cual claramente afecta el derecho al debido proceso. Indica que los términos para solicitar la prescripción ya

fenecieron de conformidad a lo establecido en el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998. (fls. 32 a 36 del cuaderno principal)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 04 de agosto de 2021, no accedió a las pretensiones de la demanda. Señaló que uno es el término de prescripción para acudir ante la EPS el cual corresponde a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 y otro es el término de prescripción para acudir a la jurisdicción el cual se encuentra reglado por el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S. el cual establece que el mismo es de 3 años y será interrumpido por la simple reclamación por parte de la demandante. Afirma que es claro que de presentarse la solicitud de pago por el empleador ante la EPS en el término señalado en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 se interrumpirá el término de prescripción señalado en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S.. Indica que el derecho reclamado se encuentra prescrito, pues no se evidencia que se haya presentado reclamación ante la EPS demandada con la cual se interrumpiera la prescripción, pues la reclamación allegada carece de sello de recibido. (fls. 57 a 60 cuaderno principal)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora, interpuso recurso de apelación, argumentando que como bien lo señaló la primera instancia la ley 1438 de 2011 la cual reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y dictó otras disposiciones entre ellas en el artículo 28 reguló el término de prescripción, señalando que el derecho de los empleadores de solicitar a las entidades promotoras de salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de 3 años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el correspondiente pago al trabajador. Indica que respecto de la incapacidad por enfermedad general del trabajador LUIS ALBERTO DEVIA CADENA con fecha del 08 al 14 de enero de 2015 se radicó el oficio de cobro N° 100214309-155-2016 del 09 de febrero del 2016 en la

oficina de la NUEVA EPS con lo cual se demuestra la interrupción de los términos para la prescripción de los 3 años. Indica que se aporta la guía de correo, por lo que solicita revocar el fallo proferido por la Superintendencia Nacional de Salud y ordenar a la NUEVA EPS pagar la incapacidad junto con los intereses moratorios. (CD fl. 54).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, (i) el determinar si el derecho reclamado se encuentra prescrito como lo dijo la Superintendencia Nacional de Salud o si por el contrario no operó el fenómeno prescriptivo y se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

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

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

La inconformidad planteada en el presente asunto radica en que el demandante considera que las incapacidades presentadas para su cobro no se encuentran prescritas, contrario a lo señalado por la Superintendencia al proferir el fallo de primera instancia.

Para desatar el recurso planteado debemos remitirnos al artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 el cual establece *“El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador”.*

De manera concordante, los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales del trabajo prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, lapso que puede ser interrumpido con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, por un periodo igual al inicial.

En el presente caso, al señor LUIS ALBERTO DEVIA CADENA se le expidió incapacidad del 08 al 14 de enero de 2015, esto es, por 7 días (fl. 5 cuaderno principal), al revisar la nómina de enero de 2015 si bien no se discriminó pago por incapacidad, se observa que se le pago el sueldo por 30 días, es decir, que tal y como lo entendió la Superintendencia Nacional de Salud lo cual no mereció ningún reparo, la obligación que aquí se reclama se hizo exigible el

30 de enero de 2015, fecha en la que la DIAN sufragó la incapacidad a su funcionaria (fl. 7 cuaderno principal), por lo que el término de 3 años que tenía para presentar la reclamación vencía el 30 de enero de 2018, sin embargo, sólo radicó la demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud el día 05 de octubre de 2018, por lo que acertó el fallador de primera instancia, al señalar que el derecho a reclamar el reembolso de la incapacidad se encuentra prescrito.

No pudiendo entenderse como lo pretende el impugnante que el pago de la incapacidad generada en enero de 2015 se pagó sólo hasta noviembre de 2015, pues como ya se dijo en enero se le pagó a la actora su sueldo por 30 días, por lo que no existe certeza si la suma pagada en noviembre de 2015 corresponde a la incapacidad que aquí se reclama o a otra incapacidad.

Es necesario anotar, que contrario a lo señalado por el impugnante no puede tenerse que con el escrito del 09 de febrero de 2016 visible a folio 9 a 10 del cuaderno principal se interrumpió la prescripción, como quiera que dicho escrito no tiene sello de recibido por parte de la NUEVA EPS. Y si bien con la impugnación el accionante allegó una guía de correo certificado en la que aparece que fue recibido por la NUEVA EPS el 12 de febrero de 2016, lo cierto es, que no se indica que fue lo que se remitió en dicho correo, ni puede establecerse que corresponda al escrito allegado el 09 de febrero de 2016, por lo que no se probó que se haya presentado reclamación ante la NUEVA EPS, en este orden, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

Sin costas en esta instancia.

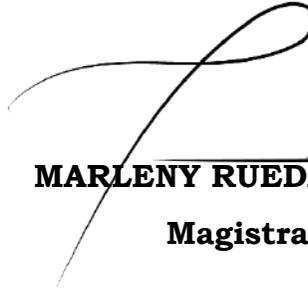
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

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



DEMANDANTE: SNF S.A.S.
DEMANDADO: CRUZ BLANCA E.P.S.
RADICADO: 1100122050-00-2022-00236-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 07 de julio del 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACION, pagar la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS DIEZ MIL OCHOSCIENTOS CINCO MIL PESOS M/CTE (\$310.805) junto con las correspondientes actualizaciones monetarias.

ANTECEDENTES

La SOCIEDAD SNF S.A.S. instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS CRUZ BLANCA el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades por un valor de \$11'821.896 de diferentes trabajadores. (fls. 4 a 7 del cuaderno principal)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que se encuentra reclamando diferentes incapacidades de enfermedad común, licencias de paternidad y licencias de maternidad que ha pagado a sus trabajadores y que a pesar de haber sido radicadas ante la EPS no han sido canceladas. (fls. 1 a 4 cuaderno principal)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada contestó la demanda aceptando parcialmente el único hecho de la demanda, señalando que adjuntaba informe detallado del valor pagado, de las prestaciones económicas que ya fueron canceladas a la empresa SNF S.A.S. por concepto de incapacidades. Propuso como excepciones de la inexistencia de la obligación a cargo de CRUZ BLANCA EPS y la genérica. (fls. 17 a 28 cuaderno principal)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 07 de julio de 2021, resolvió acceder a las súplicas de la demanda y condenó a la EPS CRUZ BLANCA, al pago de \$1'310.805 junto con las actualizaciones monetarias. (fls. 30 a 38 cuaderno principal)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada, y solicita que se hagan parte del proceso ordenado por la Resolución No. 008939 del 07 de octubre de 2019 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud en la que se ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar a CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. – CRUZ BLANCA E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, identificada con NIT No. 830.009.783-0, para su eventual graduación y calificación. (fls. 45 a 49 cuaderno principal).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, el determinar si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CRUZ BLANCA EPS, radicando su respectiva acreencia

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche por parte de la convocada a juicio CRUZ BLANCA EPS, la decisión adoptada por el *a quo* relacionada con que esta debe reembolsar a la empresa demandante el valor de \$1'310.805 junto con las actualizaciones monetarias, en la medida que la objeción que se hace al fallo de primera instancia, radica en que se debe ordenar a la parte convocante hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo.

Pues bien, al respecto se tiene que mediante Resolución 008939 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la intervención forzosa administrativa para liquidar a la sociedad Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca EPS.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente

comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

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

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva

reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CRUZ BLANCA EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la entidad accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia, dentro del proceso liquidatorio; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la incapacidad aquí reclamada, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de cruz blanca EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el día 30 de octubre de 2018 (fol. 1), por manera que la sentencia proferida por el *a quo*, en el sentido de acceder a lo deprecado en el *libelo* genitor, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de julio de 2021 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



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

**PROCESO ORDINARIO No. 11-2017-661-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ARIEL ALBERTO CUESTA BARRIOS
DEMANDADO: PIONNER DE COLOMBIA SDAD LTDA**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de agosto de 2021, por medio del cual en su numeral primero DECLARÓ que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 24 de julio de 2012 y el 16 de abril de 2015. En los demás numerales ABSOLVIÓ de las demás pretensiones declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido y pago, condenando en costas. (Fls 353 y SS)

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



El señor **ARIEL ALBERTO CUESTA BARRIOS** por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de **PIONNER DE COLOMBIA SDAD LTDA**, con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de julio de 2012, Al pago de salarios hasta la fecha de reintegro que tuvo lugar el 21 de junio de 2016, indemnización de 180 días por estabilidad laboral reforzada, al pago de viáticos, como gastos de traslado a citas médicas, moratoria, que se tenga en cuenta el tiempo en que estuvo cesante, extra y ultra petita y costas. (Fls 3 al 12)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre los partes se celebró un contrato de trabajo desde junio de 2012, con salario integral inicial de \$8.500.000, siendo en 2017 \$9.590.000, que el 25 de noviembre de 2013 es intervenido quirúrgicamente de la rodilla izquierda, que el 18 de junio de 2014 es reubicado, que estaba en fisioterapia, que en agosto de 2015 es operado de la otra rodilla, que la Eps cancelaba las incapacidades, hasta que se ordena reubicación, que se presenta en dos oportunidades para tal efecto pero no le reubica y no se ordena pago de salarios, que solo hasta junio de 2016 cuando lo reintegran le pagan salarios, que mediante tutela se ordenó el reintegro en mayo de 2016, orden que solo se cumplió en junio dado el incidente de desacato, que el 23 de abril de 2015, la Junta Nacional de Calificación de invalidez determina una perdida de capacidad laboral del 44.90%, con fecha de estructuración 26 de marzo de 2014, que fue reintegrado en Bogotá por lo que dejó de asistir a las citas médicas que eran en la ciudad de Barranquilla. (Fls 3 sl 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **PIONNER DE COLOMBIA SDAD LTDA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto aseguró el contrato de trabajo terminó el 4 de diciembre de 2013 y si bien se pagaron salarios hasta 2015 ya no se causaban. Agregó que la empresa cumplió con la orden de tutela, aunque no había lugar a reintegro porque el contrato nunca terminó. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de ingreso esto es el 24 julio de 2012, pero dijo fue mediante contrato de labor u obra, negó en su mayoría los demás hechos, aceptando únicamente los relativos a las intervenciones quirúrgicas, pero asegurando que el medico señalado en la demanda no es de la empresa como se afirma allí. Propuso las excepciones de ineptitud de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

demanda por falta de requisitos formales, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, pago y genérica. (Fls 79 al 93).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando, en síntesis: “...En cuanto al contrato y si bien en la fijación del litigio no hubo mayor controversia al respecto, no hay duda de la existencia del contrato pero si debe determinarse su duración, pues la parte actora dice fue a término indefinido y la demandada a término definido por la obra u labor contratada. De acuerdo con las pruebas se remite ala documental visible a folio 103, contrato de labor con extremo inicial 24 de julio de 2012 y hasta la finalización de la obra pozo castillo norte 152 cluster 61, con salario de \$6.090.000.así mismo se observa a folio 110 prorroga constitucional de 21 de mayo de 2015 y un contrato por obra u labor de 2 de diciembre de 2012, el que no guarda relación con el pactado. En cuanto a la finalización de la obra tuvo lugar en diciembre de 2013, sin embargo, la empresa mantuvo el contrato. Señaló también que a prima facie hay un contrato por obra o labor y al realizar un análisis de las demás documentales no hay prueba de la finalización de la obra que se observa en el contrato, siendo la llamada a juicio quien debía demostrar que finalizó la obra y ante la ausencia de esa prueba y ante la prorroga constitucional el despacho concluye que se está en presencia de un contrato a término indefinido, con fecha de inicio 24 de junio de 2012. En cuanto a los salarios los determinó de acuerdo con la documental, esto es contrato de trabajo, desprendibles de nómina visibles a folios 121 y SS, de las que dijo no fueron tachadas y dan fe de lo allí plasmado para cada anualidad. En cuanto a la terminación se tiene que terminó el 15 de abril de 2019, con justa causa por el reconocimiento de prestación por invalidez por parte de COLPENSIONES (FI 322). Precisado entonces la clase de vínculo salario terminación señaló que el pago de salarios insolutos en los periodos indicados en la demanda encontró que en esos periodos se encontraba incapacitado y en concordancia con la declaración rendida por el actor que también así lo indica, corroborado con los desprendibles en donde se observa que no se prestó el servicio y a lo que había lugar frente a las incapacidades era al pago delas mismas, pago que estaba a cargo de la EPS, esto hasta el día 180 pero estas no superaron estos días. También hay a folio 321 la liquidación de prestaciones, 29 así como a folio 317 y 223 y con ellas se establece la liquidación de prestaciones adeudadas. También se hizo un pago de \$10.593.129 recibido por el demandante lo que se establece con correo anexo a la demanda. Por ello no hay duda de la cancelación de todos los conceptos adeudados, por lo que ABSUELVE de salarios y diferencias de vacaciones. En cuanto al pago de aportes dijo se aportaron los comprobantes de pago y aparecen estos a folios 259 a 275 luego no hay razón para condena en este aspecto. En cuanto a la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997 y dada su naturaleza encontró que era necesario establecer si el demandante a la fecha de la terminación del contrato era sujeto de estabilidad laboral Reforzada, se refiere a sentencias al respecto y concluye que dado el precedente entre otros la SLI3520 de 2018, en donde se indica que el cumplimiento de la labor es una razón objetiva para finalizar el vínculo y eso agota el contrato, por lo que mal podría predicarse una estabilidad laboral frete a un contrato inexistente, así mismo la Sanción no se da porque no fue con ocasión de la estabilidad sino por razones objetivas, lo que reitera la Corte en sentencia SL 2586 DE 2020. Dijo que no hay duda de la estabilidad laboral reforzada del actor y de su pérdida de capacidad, pero concluyó que la indemnización no procede porque a la finalización del contrato 15 de abril de 2019, así en la acción de tutela se hubiera ordenado un reintegro antes, porque lo cierto es que fue solo hasta esa fecha que el contrato terminó y la razón fue objetiva, esto es el reconocimiento de prestación por invalidez, justa causa, e insiste razón objetiva, luego se absuelve de la pretensión. En cuanto a los viáticos señaló que surge de una póliza tomada con la aseguradora de Vida del Estado SA, quien respondió por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

la obligación de otorgar el auxilio por tratamiento médico ambulatorio (fls 113 a 115), en donde se negó el auxilio pues no se cumple con los requisitos para la cobertura de dicho auxilio. Concluye que para el otorgamiento de dicho auxilio era necesario cumplir con los requisitos de la póliza, pues a efectos de obtenerlo, solo obra prueba de la documental de folio 263, en donde se indica un plan de rehabilitación de 2014 a 2016, de donde a partir de esa fecha no es posible otorgar el auxilio, pues no se cumple con los requisitos. Con la sola documental, no es posible otorgarlo, porque está sujeto a los requisitos de la aseguradora. Finalmente, el Juez absolvió de la indemnización moratoria dado el resultado del proceso en donde se concluye que no hay lugar al pago pues nada adeuda la demandada al actor...”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso así: “... lo que se ha venido pregonando por la defensa es la existencia de una prórroga constitucional, pero sucede que hoy tal como se solicitó el despacho dijo que era un contrato a término indefinido, entonces resulta que los salarios se deben porque cuando lo reintegran, sigue laborando y lo incapacitan y le pagan las incapacidades pero después de las incapacidades no le siguen pagando hasta que le 25 de agosto de 2015, lo operan y lo incapacitan y ahí le pagan nuevamente las incapacidades, pero los salarios de julio hasta agosto no fueron cancelados. Cuando se reintegra en nov de 2015 por vencimiento de incapacidad y la empresa dice que no tiene donde reintegrarlo y en vista de eso sin salario se acude a la tutela desde noviembre y hasta julio de 2015, cuando lo ordenan a reintegrar y le pagan salarios, pero a partir del reintegro. Además, el reintegro se pide porque ya le habían levantado la incapacidad y por eso la tutela, pero se demuestra que tenía estabilidad laboral reforzada, tenía calificación. El no pago de la moratoria también procede por la falta de esos salarios, así como la indemnización de 180 días porque estaba precalificado.

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, cuyos puntos de inconformidad son los siguientes: i) pago de salarios que se dicen adeudados, ii) indemnización de la ley 361 de 1997 iii) indemnización moratoria.

De los salarios

Precisa la Sala, que tal y como se solicitó en la demanda el contrato celebrado entre las partes fue a termino indefinido, así lo declaró el Juez y ello no fue objeto de reproche. En cuanto a los extremos en que se realizó el Juez en la parte resolutive de la sentencia señaló que el contrato se realizó entre el 24 de julio de 2012 y hasta el 16 de abril del año 2015. Esta declaración tampoco fue objeto de reproche, aunque conviene precisar que en la parte motiva de la providencia el Juez, se refirió a otra fecha de terminación, esto en 2019; dada la documental visible a folio 322, en donde se termina el contrato, aspecto importante y que básico resulta para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

definir, no solo el tema de salarios, sino la indemnización de ley 361 de 1997, tema que se analizará más adelante.

En cuanto a los Salarios reclamados, lo primero que se observa en el recurso es imprecisión en las fechas de los que se dice no fueron cancelados; por lo que en concordancia con los solicitados en la demanda, se tiene que se refieren al año 2015 y 2016, dada la pretensión contenida en el numeral primero del ítem declaraciones y condenas; específicamente: **segunda quincena del mes de mayo de 2015, de julio a agosto del mismo año, del 25 de noviembre a diciembre de 2015 y de enero de 2016 hasta el 21 de julio de 2016.**

Como quiera entonces que la parte actora aseguró que no le habían cancelado esos salarios debía la demandada, probar que si lo hizo.

En la contestación de la demanda, asegura la demandada que, si canceló salarios de mayo a julio de 2015, independientemente de si había prestación de servicios o no y para probarlo, señaló aportar desprendibles de nómina. Revisada la documental nomina encuentra la Sala que a folio 188 aparece desprendible de nomina con corte a 15 de mayo de 2015, Salario \$8.500.000, pago de \$ 4.250.000, con los descuentos. A folio 189 aparece el pago de la segunda quincena de mayo pues, aunque generada el 1 de junio se tiene que el corte es 31 de mayo. Luego este mes aparece cancelado. En los documentales siguientes esto es de los folios 190 a 192 aparece el pago del mes de junio y primera quincena de julio y a folio 193 en documento con anotación "prorroga constitucional parece el pago de la segunda quincena de julio. Así que se equivoca el recurrente cuando asegura que no le fueron cancelados esos salarios porque tal documental que como señaló el Juez no fue tachada de falsa, prueba lo contrario.

De otra parte, a folios 194 al 196 aparecen de igual manera constancia de nomina por centro de costo con la misma anotación prorroga constitucional desde agosto en adelante y en donde se observa la constancia de pago de incapacidades y hasta la primera quincena de septiembre. La segunda quincena de ese mes y año es acreditada con documental visible a folio 197 desprendible de nomina correspondiente a ese corte. A folios 198 al 202, se acreditan pagos por nomina hasta la primera quincena de diciembre. A folios 203 al 228 aparece documental de pago por centro de costo cuando había incapacidades y por nomina, desde enero



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

hasta de diciembre de 2016; **Luego la demandada sí logró acreditar que nada adeuda al trabajador, luego no entiende la Sala cuales son los salarios insolutos, reclamados en la demanda y en lo que se insiste en el recurso.** No sobra agregar que del fl 228 en adelante aparecen pagos incluso hasta 2018.

Es claro que ningún salario adeuda la demanda y que el contrato se mantuvo hasta abril de 2019, pues a pesar de la acción de tutela en donde se ordena un reintegro a un cargo, acorde con el estado de salud del accionante, es claro que ni una prueba en este juicio aparece de la terminación del contrato en ese año, ni en los posteriores hasta el 2019. Por el contrario, la empresa aclaró al actor la vigencia del contrato, en comunicación que aparece a folio 46 del expediente, en donde se expresa que el contrato se itera, seguirá vigente hasta que la condición de salud sea superada.

Por tanto, se **CONFIRMA** la decisión del Juez que encontró acreditados los pagos, pues es eso lo que puede concluirse, de las pruebas juiciosamente analizadas y también revisadas por la Sala.

De la indemnización ley 361 de 1997 e indemnización moratoria

No hay duda; -está acreditado en el proceso-; de la pérdida de capacidad del demandante; en un porcentaje de 44.90%, según conceptuó la Junta Nacional de Calificación de invalidez, en audiencia realizada el 23 de abril de 2015, tal y como consta a folios 17 y SS del expediente, dictamen que confirma el expedido por la Junta Regional de Calificación de invalidez, con fecha 16 de junio de 2014 y en el que se señaló como fecha de estructuración 26-03-2014.

No obstante, también resulta claro que la empresa demandada mantuvo vigente el contrato hasta el año 2019, fecha en la que lo terminó definitivamente no por el estado de salud del demandante sino tal y como señaló el Juez por una razón objetiva que logró demostrar, por lo que al respecto conviene hacer algunas precisiones.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo,**



ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica,** pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, **o en estado de debilidad manifiesta;** (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio,** debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.

Claro entonces resulta se itera, que si bien es cierto para la fecha de finalización del contrato, existía la calificación, lo que haría presumir discriminatorio el despido;



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

también lo es que la demandada logró demostrar, que la terminación no obedeció al estado de salud, que conocía años atrás, sino a una justa causa, y es el **reconocimiento al demandante de la pensión de invalidez, desde 2017, toda vez que como se indica en la comunicación de terminación del contrato, visible a folio 314 y 322, COLPENSIONES, se la otorgó mediante resolución 58454 de mayo de 10 de 2017.**

Vale decir que en audiencia realizada el 31 de enero de 2020, el Juez concedió un término de 20 días para anexar la carta de terminación del contrato y la resolución de Colpensiones. La carta fue anexada y se corrió traslado de esa documental a la parte actora. (Ver folios 315 y 316). Finalmente, en audiencia de fecha 7 de julio de 2021, el Juez deja constancia del envío mediante correo electrónico de fecha noviembre 10 de 2020, de la resolución, la cual incorpora y pone en conocimiento de las partes, siendo expreso el reconocimiento del apoderado de dicha situación, esto es la pensión reconocida al actor. (fls 351 y 352)

En consecuencia, no hay lugar a pago de indemnización prevista en la ley 361 de 1997, pues la demandada se insiste no terminó el contrato por el estado de salud del demandante, por el contrario, en razón a este, lo mantuvo vigente hasta 2019, dos años después del reconocimiento de la pensión de invalidez que juiciosamente el Juez, en virtud de las facultades para decretar pruebas, logró incorporar y dar a conocer, dada la manifestación que de ello se hizo en alegaciones de instancia.

Por tanto, se **CONFIRMARÁ** la decisión de absolver a la demandada de esta pretensión, así como de la indemnización moratoria, bastando frente a este último aspecto señalar que no hay condena alguna que justifique dicha sanción.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-694-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

Se **ACEPTA LA RENUNCIA** presentada por el apoderado de COLPENSIONES, doctor HENRY DARIO MACHADO, y en virtud del poder aportado, **RECONÓZCASE PERSONERÍA** al doctor FELIPE GALLO CHAVARRA como apoderado sustituto de COLPENSIONES y en lo que respecta a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A. a través de la doctora Paula Huertas Borda como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en los términos y para los efectos indicados en los documentos allegados por las referidas.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA



Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A. y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL por intermedio de apoderada judicial presentó demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado del demandante al RAIS en tanto Porvenir S.A., omitió el deber profesional de información, que se ordene a Colpensiones el traslado y afiliación al RPM y a Porvenir S.A. la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonificaciones pensionales y rendimientos y a que se condene a la AFP en el evento de haberse concedido previamente la pensión al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el fondo demandando, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados. (fls. 12 y 13, archivo 01).



HECHOS

Como fundamentó de sus pretensiones, señaló que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 11 de septiembre de 1987, que se trasladó del RPM al RAIS afiliándose el 21 de julio de 2020 a Porvenir S.A., la AFP al momento del traslado se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo, sin entregarle información completa y veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de los beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado, Porvenir S.A. no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes, ni la información indicándole hasta que edad debía cotizar en la AFP y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en Colpensiones, no le indicó cuanto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo en el Fondo de Pensiones, no le manifestó que tenía derecho a retractarse de la afiliación a la AFP, no le dio información veraz y suficiente la para tomar la decisión de traslado de régimen pensional, los fondos privados de pensiones publicitaron información que faltaba a la verdad, al momento de la afiliación del 21 de julio de 2000 a Porvenir S.A., no le entregó información verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tornándose el traslado en ineficaz.

Refiere que solicitó a Porvenir S.A., copia de los documentos que la AFP le entregó que lo llevaron a tomar la decisión de trasladarse de régimen, Porvenir S.A., no hizo entrega de la documental solicitada, elevó solicitud de anulación de traslado a Colpensiones y la entidad dio respuesta negando la anulación del traslado, también solicitó la anulación de la afiliación al



RAIS a Porvenir S.A. y que se procediera con la devolución y traslado al RPM y la entidad se negó a la anulación de la afiliación.

Considera que en el evento de haber seguido cotizando en el RPM y de no haberse trasladado al RAIS, el monto de la pensión a la fecha de cumplimiento de requisitos sería de \$1'646.770 aproximadamente, mientras que Porvenir S.A., la pensión sería de \$ 828.117, generándose la diferencia de \$ 818.653, por lo que resulta evidente la diferencia entre el monto de la pensión en el RAIS y la que podría obtener con Colpensiones.

Afirma por último, que a la fecha de traslado al régimen de ahorro individual, el valor de la pensión era también inferior al valor de la pensión estimada en el RPM o en el régimen en que se encontraba cotizando en dicho momento, que Colpensiones, no ha realizado la afiliación y traslado al RGP y que Porvenir S.A. no ha realizado la anulación de la afiliación al RAIS, ni el traslado a Colpensiones. (fls. 6 a 12, archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, negó los hechos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 20, 21, 22, y manifestó no constarle los 1, 16, 17, 23. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 256 a 269 PDF 506 a 532).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 16, 17, 23, 24 y 25 e indicó que no es un hecho, respecto de los números



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

12, 20, 21, 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (carpeta "CD folio 333", fls.1 a 38).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el señor MILCIADES DE JESUS (sic) CHIQUILLO GIL, identificado con C.C. N° 74.320.028, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., efectuado el día 21 julio de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante MILCIADES DE JESUS (sic) CHIQUILLO GIL, identificado con C.C. N° 74.320.028, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como si nunca se hubiese traslado (sic) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MILCIADES DE JESUS (sic) CHIQUILLO GIL, identificado con C.C. N° 74.320.028, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuesta por la pasiva.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las entidades COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno (sic) de las accionadas.

Para tomar su decisión la Juez de primer grado trajo a colación las sentencias SL1421, SL1452, SL1688, SL1689 del 2019 y las que el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones determinando la procedencia de la ineficacia del cambio o el traslado del régimen pensional cuando se demuestra su inobservancia. Al respecto, citó algunas de las conclusiones a las que llegó la Corte Suprema de Justicia, frente al consentimiento informado, indicando que la suscripción de este no constituía un verdadero consentimiento informado y que únicamente se lograba con el suministro de toda la información pertinente, verificando si el asesor del fondo privado, le indicó al afiliado los aspectos favorables pero también los desfavorables del cambio del régimen pensional, que el consentimiento informado, no se prueba con la simple firma que se plasma en el formulario de afiliación, que la carga de prueba del consentimiento está en cabeza de los fondos quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestran que brindó una información clara y veraz al afiliado, que el traslado del RPM al de RAIS no se convalida con las diferentes vinculaciones que se efectúen entre administradoras que conforman ese último régimen pensional y finalmente que no es necesario que la persona este inmerso en el régimen de transición o tenga un derecho consolidado para solicitar la ineficacia de ese traslado o afiliación.



*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Por otra parte, la Ley 663 de 1993 en su artículo 97 enunció que las entidades vigiladas deberán suministrar a los usuarios de los servicios que prestan una información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen con el objetivo de que el usuario pueda escoger las mejores opciones del mercado. Luego entonces, atendiendo la línea jurisprudencia y la normatividad expuesta y al aplicarla al caso del demandante y verificadas con el material probatorio allegado, extrajo de la historia laboral, que el demandante cotizó al ISS un total de 617,57 semanas, entre el 11 de septiembre de 1987 y el 31 de agosto del 2000, de igual forma advirtió que en el expediente obra formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A., suscrito por el demandante el 21 de julio del 2000, por lo que con las pruebas allegadas concluyó que respecto del demandante hubo un cambio de régimen pensional en la medida que inicialmente se encontraba al régimen que administraba el ISS y que posteriormente se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., por lo que le corresponde en este asunto demostrar a Porvenir que impartió una información clara, veraz y adecuada acerca de las consecuencias que acarrearía cambiarse de régimen pensional, por lo que en primer lugar determinó que Porvenir expuso como argumento de defensa que en la asesoría brindada al demandante le indicaron que al monto de la pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que estaría sometida a la realización de un cálculo actuarial, que tendría derecho a bono pensional y que su vinculación era completamente voluntaria, por lo que frente a dicha afirmación dada por Porvenir, consideró la juzgadora que no obra ningún medio probatorio, que permita evidenciar que se hubiese asesorado en debida forma al demandante, pues no se probó que se le hubiera indicado características, condiciones, ventajas y desventajas de su traslado por lo que a juicio de la operadora y siguiendo el criterio jurisprudencial en cita, ante la falta de demostración del deber de



información en el acto del traslado pensional bajo estudio, concluyó que debía declararse la ineficacia del mismo con el consecuente traslado de aportes, junto con los rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración y frente al tema de gastos de administración, precisa que los efectos que produce la ineficacia del traslado, consiste en que las cosas deben retrotraerse al estado a las que se encontraban en antelación, es decir como si el traslado no hubiese ocurrido, lo que conlleva a que Porvenir deba devolver todos los aportes pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros, bonos pensionales

Por último, indicó que en lo que respecta a la excepción de prescripción, señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de las sentencias ya referenciadas han indicado frente al medio exceptivo que no afectan el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación del traslado, ya que involucran derecho pensional y se trata de una pretensión declarativa, luego con estos argumentos es suficiente para declarar no probado el medio exceptivo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que se opone a la totalidad de la sentencia proferida, toda vez que los motivos de su inconformidad se basan, primero, respecto de la ineficacia del traslado frente a los numerales 1° y 2° de la sentencia, poniendo de presente que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al RPM pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones y cumpliendo con los requisitos exigidos de aquella época.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Argumentó que para la fecha del traslado Porvenir S.A., cumplió con su deber de información establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues al demandante le fue entregada la información de RAIS en diferentes momentos, esto es de forma verbal en la reunión que tuvo con la asesora de Porvenir y cuando suscribió el formulario de afiliación, siendo el formulario de afiliación un documento completo, pues en el apartado final cumple con el deber de información.

Por otra parte, debe tener en cuenta la Sala con el estudio del recurso, que para el año 2000, desde el punto de vista aritmético, financiero y actuarial, le era imposible para Porvenir S.A., llegar a determinar cuál sería el valor de la mesada pensional, cuando ni siquiera el demandante se encontraba dentro de la mitad de su vida laboral y se desconocían situaciones de carácter futuras que tienen efectos respecto de la mesada pensional, tales como beneficiarios, el ingreso base de cotización y si realizaría o no aportes al sistema de seguridad social, aspectos que reflejan un impacto directo respecto del valor de la mesada pensional, por lo que para el año 2000, no era posible para Porvenir S.A. poner de presente esa situación y por esa misma situación no hay lugar a emitir condena a Porvenir, respecto de la ineficacia de traslado del régimen pensional.

Ahora, el segundo punto de su inconformidad se basa con lo relativo al numeral 3 de la sentencia y es lo referente a los gastos de administración de los cuales se emitió condena a Porvenir S.A., por lo que pide se tenga en cuenta algunas situaciones de carácter particular, en tanto se trata de un rubro que es descontado por una autorización de carácter legal, determinado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que faculta a las AFP que pertenecen al RAIS a descontar los valores como consecuencia del contrato de vinculación, por lo que en virtud del contrato que suscribió el



señor Chiquillo Gil con Porvenir S.A. para el año 2000, la entidad adquirió obligaciones respecto del manejo de los recursos que se depositaron en la cuenta de ahorro individual del demandante y como teniendo en cuenta que es una característica propia del RAIS se generaron rendimientos financieros sobre dichos rubros, situación que en efecto ocurrió y se puede identificar de la narración efectuada por parte del perito de la parte actora, quien determinó que para efectos de realizar el cálculo del valor de la mesada pensional del RAIS tuvo en cuenta los rendimientos financieros tratándose de rubros frente a los cuales se obtuvo un crecimiento y eso obedece básicamente al manejo de los recursos que le da Porvenir y como consecuencia de esos debidos manejos de los recursos, en desarrollo del principio de la buena fe, hay lugar a que se realicen los descuentos en ese sentido por parte de Porvenir S.A.

Por su parte **Colpensiones** recurrió señalando que al momento de la decisión de declararse la ineficacia del traslado de régimen del demandante la misma se fundamentó en la falta del deber de información que según la juzgadora de primera instancia, tenía la AFP Porvenir S.A. al momento de la suscripción del formulario de afiliación, esto pasando por alto que para el año 2000, la normatividad aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993 que refiere que la aceptación espontánea, libre y expresaba de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual se dio a plenitud. Señaló el recurrente que para la época de la suscripción del formulario, no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2079 del 2015, con las cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados y así las cosas ese análisis de información suministrada por la AFP en ese momento y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del



*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

formulario, que no es otra sino la Ley 100 de 1993, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, de legalidad y del debido proceso y pues si el acto que se juzga es del año 2000, se debió tener en cuenta la normatividad vigente para tal data.

Por otro lado, manifestó que al momento de proferir la sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en torno a que Colpensiones, en el asunto es un tercero y que los actos jurídicos tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de esa aseveración de ese acto jurídico o contrato, solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual debe tenerse en cuenta que Colpensiones no podía ser de ninguna forma favorecida pero mucho menos perjudicada, por el contrato que se celebró entre el demandante y la AFP Porvenir S.A. en el año 2000.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, en las consideraciones, se indica que recae únicamente en cabeza de la AFP y se tiene que frente a ese tipo de decisiones que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento del traslado, por cuanto las leyes al respecto expedidas entre 1994 y 2016, no exigía nada distinto al deber de información en el que constaba la voluntad libre del afiliado de pertenecer al RAIS.

En la fecha de traslado del régimen, en el año 2000, solo se exigía el formulario de afiliación para acreditar que se brindó la información al



*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

demandante, no se exigía documento distinto como se pretende determinar por el a quo sin que esto, sin ningún sustento al decir que no se aportó un documento que demuestre que el demandante recibió la información, y que ese formulario de afiliación no es suficiente para demostrar la misma, por lo que para tal data no se exigía documento diferente al de la afiliación debidamente firmado para acreditar que el demandante recibió la información necesaria para el traslado de régimen, por lo que es necesario decir que la AFP cargo con la carga de la prueba al aportar el formulario diligenciado y firmado por el demandante y que de igual forma en la sentencia se manifiesta que esa falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del RAIS, por lo que debe precisarse que esas características propias del régimen están consignadas en los artículos 59 y SS de la Ley 100 de 1993, norma que para ese año 2000 ya estaba vigente, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa, conforme lo que prevé el artículo 9 del CC.

Indicó que el accionante nació el 1 de diciembre de 1957 a la fecha cuenta con más de 54 años edad y ha permanecido en el RAIS por más de 20 años por lo cual Colpensiones, resulta afectada por la decisión adoptada en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado además por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se reitera que el artículo 2, literal b de la Ley 797 de 2003 hace la prohibición que el demandante no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos, para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez, no es un artículo caprichoso y el propósito del legislador de establecer la prohibición es proteger al fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las pensiones a las personas que cumplen los requisitos, y de esta forma no generar un desequilibrio patrimonial, por lo que solicita



se tengan en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional como la C-1024 del 2004 y la C-062 de 2010, consistente en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media.

Por último, pide se revoque la imposición de costas a cargo de Colpensiones

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor CHIQUILLO GIL, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., en el año 2000, como se verifica en folio 564 del expediente digital, allegada por el extremo demandante en escrito de demanda.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicado respecto de dicha figura en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una



información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones y recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones y Porvenir S.A. en sus alegaciones y recurso ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Chiquillo Gil, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS, el que quedó probado, tuvo lugar en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, contrario sensu, se allanó a las pretensiones.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones la documental



*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

contentiva de formulario de afiliación no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado al señor CHIQUILLO GIL, toda la información referente a su traslado de régimen pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, que se itera, ni siquiera obra en el proceso máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional.

Aunado a lo anterior y continuando con la observancia del criterio jurisprudencial transcrito y tantas veces reiterado, se concluye que **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular del demandante, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo.

De otra parte, el hecho de que el demandante al momento de su traslado, no era beneficiario del régimen de transición, ni contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica Colpensiones para que este acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones que realizó el actor a órdenes de Colpensiones, las que una vez trasladadas, entrarán a hacer parte del fondo común administrado por esta demandada.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria primer grado, para lo cual es pertinente



*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

señalar que como lo solicita la recurrente el cumplimiento de la sentencia por su parte, debe efectuarse una vez Porvenir S.A., traslade los emolumentos ordenados en sentencia bajo estudio.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y en caso de que los mismos ya hayan sido destinados, esta administradora debe asumirlos con su patrimonio como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionar**á la sentencia recurrida en este aspecto.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 19201900694-01 Dte: MILCIADES DE JESÚS CHIQUILLO GIL Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Marleny Rueda Olarte', written in a cursive style.

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Manuel Eduardo Serrano Baquero', written in a cursive style.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lorenzo Torres Russy', written in a cursive style.

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2020-014-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado como aparece al pie de su firma actuando en calidad de apoderado sustituto de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos indicados en el memorial de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de agosto de 2021. (fl. 176 a 177)

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada, parte que solicita, se confirme la sentencia de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

ANTECEDENTES

El señor JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se DECLARE que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por prestar sus servicios en actividades de alto riesgo. Pide el reconocimiento de la prestación a partir de las 1.029 semanas cotizadas, junto con los intereses moratorios, la indexación de las condenas, y los incrementos legales y convencionales a los que haya lugar (fl. 5).

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que ha laborado y cotizado como aviador civil en las compañías aéreas AVIANCA S.A. desde enero de 1991 y TAMPA CARGO desde el 6 de junio de 2.003 hasta la fecha. Refirió que las asignaciones salariales fluctuaron desde \$236.460 hasta \$19'170.793, que fue beneficiario de las convenciones colectivas y los laudos arbitrales de las empresas AVIANCA S.A. y TAMPA CARGO, cuenta con más de 7.499 días laborados, equivalentes a 1.071.18 semanas cotizadas a COLPENSIONES, desde el 1° de enero de 1991 hasta el día de radicación de demanda en calidad de aviador civil.

Considera que la naturaleza del servicio prestado ha sido especial en tanto se ha desempeñado exclusivamente como piloto de aeronaves e indica que es una labor de alto riesgo ya que no solo implica riesgo a la vida sino también en los términos del artículo 1° Decreto 2090 de 2003, la disminución de la vida saludable y la necesidad de reitero de las funciones laborales. Refiere que el trabajo no solo ha alterado su salud, sino que también por el obstáculo de su no retiro por el no reconocimiento de la pensión, continúa agravando la salud. Agregó que por llevar a cabo el trabajo de alto riesgo de la aviación antes del 31 de diciembre de 2014, el régimen pensional constitucional a que está sujeto es especial y obligatorio y que incluso después de entrar en vigencia la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

Ley 100 de 1993 que varió algunas condiciones de ese régimen, él siguió siendo cubierto por la legislación especial de alto riesgo contenida en los Decretos ley 1282 y 1302 de 1994. Manifestó que tiene derecho a percibir la pensión de vejez por alto riesgo toda vez que tiene más de 20 de años de servicio y tiene 46 años a la fecha de la demanda, para la causación del derecho a la pensión.

Indicó por último que el 2 de noviembre de 2018 elevó solicitud a COLPENSIONES para obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, en aplicación de la sentencia C-093 del 2017. Mediante resolución del 30 de marzo, COLPENSIONES resolvió denegar el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 4, 12 y 17, indicó que es parcialmente cierto el numeral 7, 13 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago de I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencias de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JUAN CAMILO RESTREPO RODRIGUEZ (sic), conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante señor JUAN CAMILO RESTREPO RODRIGUEZ (sic) Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: CONSULTESE la presente decisión por cuanto la misma fue completamente adversa a los intereses del trabajador afiliado al sistema de seguridad social demandante.”.

En sentencia del 13 de agosto de 2021, se tiene que en primer lugar el Juez de primer grado señaló que el extremo demandante y apoderado no comparecieron a la audiencia de que trata el artículo 77 y 80 del C.P.T. y la S.S. por lo que dio aplicación al artículo 30 ibídem, el cual trata del procedimiento en caso de contumacia, señalando el precepto legal que si el demandante o representante no compareciere a audiencia sin excusa debidamente comprobada, se continuará el proceso sin su asistencia y por lo que en presente asunto se siguió con el trámite del proceso.

El Juez de primera instancia determinó que el problema jurídico se circunscribe a verificar si la labor desarrollada por el señor RESTREPO RODRÍGUEZ, como aviador civil se constituye como una actividad de alto riesgo, conforme lo dispone el Decreto 2090 del 2003, modificado por el Decreto 2655 del 2014 y de ser así determinar si es beneficiario de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo.

Realizó el estudio de las documentales relevantes que le permitieron llegar a una deducción fáctica, por lo que tuvo en cuenta las pruebas allegadas por el actor, tales como, documento de identidad, historia ocupacional, historia laboral, certificados laborales, estadísticas de la línea de salud de pilotos, convención colectiva y la resolución que negó el derecho prestacional por actividad de alto riesgo, así como también la aportada por Colpensiones, relativa a la carpeta administrativa.

Por lo anterior, el despacho llegó a la conclusión que para aplicar al beneficio del Decreto 2090 de 2003, consiste en adquirir el beneficio pensional a edades inferiores a las establecidas para la generalidad de los trabajadores en atención a la reducción de vida saludable a la que se ven expuestos y a la mayor cotización pagada por los empleadores en ese sentido la norma



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

contempla una prestación definida que permite a los trabajadores que laboren en actividades consideradas de alto riesgo para la salud, así el artículo 2 del citado Decreto refiere como actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes y el citado decreto establece también que para tener derecho a la pensión especial, se requiere haber cumplido 55 años y haber cotizado el número mínimo de semanas establecidas por el sistema general de seguridad social en pensiones al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e indica que la edad mínima se disminuirá en 1 año por cada semana de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas en sistema general de pensiones sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años. En ese orden de ideas para que un afiliado pueda tener derecho a la pensión especial de vejez debe haber cotizado el número mínimo de 1300 semanas de las cuales 700 semanas debieron cotizarse con la cotización especial sean continuas o discontinuas y retomando la norma transcrita ella enlista aquellos trabajadores que en virtud del ejercicio de ciertas actividades calificadas pueden obtener una pensión especial de vejez encontrándose que la desarrollada por el actor como aviador civil, no se encuentra enlistada como actividad de alto riesgo lo que divisa la absoluciónde las pretensiones del actor, analizada de manera exegética del Decreto 2090 del 2003.

Indicó que la H. Corte constitucional en sentencia C-093 de 2017, señaló al analizar la demanda de inconstitucionalidad del Decreto 2090 del 2003 que para que la aviación civil debiera estar calificada por la Ley como una actividad de alto riesgo sujeta al régimen pensional especial de las actividades de alto riesgo en razón de la exposición a la que se encuentran sometida los pilotos y los demás tripulantes de los aviones a las radiaciones ionizantes, radiaciones que provocan afectaciones a la salud, así como lo ha planteado el profesional en el proceso judicial, la controversia debe centrarse sobre la exposición particular de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, fue enfática luego en analizar esta vía incorrecta de atacar la inconstitucionalidad del Decreto 2090, indicó que para pudiese hablarse de una actividad de alto riesgo debe estar debidamente comprobada la exposición



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

a las radiaciones ionizantes y no solo la exposición, sino que la exposición fuere superior a los estándares mínimos que afecten la salud del trabajador.

Con lo anterior, consideró el juzgador que acogiendo el criterio de la Corte Constitucional que aquel que logre demostrar no sólo la exposición a radiaciones ionizantes, sino demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados y que estos se traducen en una afectación de la salud de los profesionales puede considerarse una práctica riesgosa y consecuentemente ser beneficiario de la pensión especial de vejez por la actividad de alto riesgo, luego la debida comprobación en los términos señalados se hace indispensable. Lo anterior, también teniendo en cuenta sustento en casos análogos desde la H. Corte Suprema de Justicia, que la actividad cumplida por el trabajador corresponde a las catalogadas de alto riesgo, señala que la sentencia 44996 del 2013, que indica se procede analizar las pruebas traídas al proceso y pronto ser del despacho que el expediente se encuentra huérfano de probanzas que lleven a la debida comprobación de la exposición por parte del demandante a radiaciones ionizante con las exigencias descritas, al expediente se aportaron estadística de la línea de salud de piloto y conceptos periciales que pretenden demostrar las afectaciones de salud que pueden darse en la población de pilotos, sin embargo, no son suficientes sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto particular en la salud del demandante, de este modo el despacho carece de los insumos necesarios y técnicos para establecer si el demandante se encuentra expuesto a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados y si este contacto se traduce en afectaciones a la salud que en condiciones normales disminuye la expectativa de vida o torne necesario el retiro anticipado de la labor productiva, no obstante, esto no ocurrió en todo el devenir procesal, tampoco como prueba testimonial siquiera a pesar de haber sido decretada no concurrieron los testigos además de la conducta desinteresada y desidia de la parte demandante que por su ausencia en el debate probatorio brillo, no compareció a ninguna audiencia a pesar de los llamados insistentes del despacho, en relación con la obligación probatoria, es principio universal el de que quien afirma una cosa es quién está obligado



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

a probarla y como quiera que por la parte actora no se probaron las exposiciones de radiaciones ionizantes, por lo que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas, tendientes al reconocimiento a la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que la parte demandante, persigue el reconocimiento de la pensión especial de vejez por los servicios que ha prestado el demandante como COPILOTO FOKKER-50 en AVIANCA y TAMPA CARGO, habiendo cotizado a COLPENSIONES, considerando que tal actividad es de alto riesgo.

Sea lo primero señalar en cuanto al régimen pensional de los aviadores civiles que el Decreto 1282 de 1994 estableció dos formas de acceso a la pensión especial de aviadores:

(i) Mediante transición normativa estos servidores podían reclamar pensión especial con los requisitos del Decreto 60 de 1973ⁱ, siempre y cuando para la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 40 años de edad y 10 años de servicios, condiciones que no fueron cumplidas por JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ, pues para la fecha referida tenía 21 años de edad (nació el 20 de julio de 1973 conforme se observa en la historia laboral aportada por COLPENSIONES) y no se demostraron tiempos de cotización o de servicios con anterioridad al 1° de abril de 1994.

Por otro lado, en la historia laboral actualizada de COLPENSIONES que aportó la demandada en la contestación de demanda, consta que la afiliación se realizó el 1° de noviembre de 2018 (fls. 147 a 158), y si bien en el escrito de demanda se afirmó que la prestación de servicios con AVIANCA se dio desde enero de 1991 y TAMPA CARGO desde el 6 de junio de 2003 hasta la fecha, lo cierto, es que no se aportaron pruebas de los otros tiempos cotizados, es decir, los efectuados desde enero de 1991 a diciembre de 1998 y es así que ante la ausencia de pruebas no se pudo determinar si con dichos tiempos se cumplían los requisitos antes referidos.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

(ii) Y para los afiliados a CAXDAC que no se beneficiaron de dicho régimen de transición, el artículo 6° de la misma normatividad (Decreto 1282 de 1994) estableció el acceso a la pensión especial de aviadores completando el tiempo de cotización establecido para las pensiones de vejez en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 del 1993, una vez se cumplieran 55 años de edad. Este último requisito podía reducirse un año por cada sesenta (60) semanas de cotización o de servicios prestados adicionales a las semanas mínimas, sin que pudiera reducirse a menos de 50 años. Cabe advertir, que la densidad mínima a la que se refiere la norma fue modificada por la Ley 797 de 2003, de lo cual surgen dos interpretaciones posibles: entender que la reducción de la edad procede a partir de 1000 semanas como decía el texto original de los artículos 33 y 34 de la ley 100, o entender que la reducción de la edad procede a partir del mínimo de semanas que regula la Ley 797.

Sentado lo anterior, para determinar si procede el reconocimiento de la pensión especial de vejez por haber desempeñado actividades de alto riesgo para la salud, se debe tener en cuenta que las normas que regulan la materia, son el Decreto 780 de 1990, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003), los cuales definen como actividades de alto riesgo, entre otras, las que realicen: “2. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes”, y las actividades que se realicen “5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil”.

En cada una de estas normas anteriormente descritas se establecen escenarios que permiten anticipar o disminuir el requisito de edad para causar la pensión de los trabajadores que asumen un riesgo adicional en su salud por las condiciones en que deben desarrollar el trabajo, con lo cual se limita en el tiempo la exposición a las sustancias o actividades que les son perjudiciales. Para sufragar los costos que implica el anticipo de estas pensiones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

Sistema de pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

Bajo esta normativa, se tiene que dentro del plenario no se aportó documental que refleje el pago del porcentaje adicional por parte de AVIANCA o TAMPA CARGO, ni tampoco que el desempeño de la actividad como COPILOTO FOKKER-50, estuviese frente a la exposición a radiación ionizante en su sitio *específico* de trabajo o en su defecto que el actor tuviera funciones de controlador aéreo.

Sobre esto último, el Decreto 2090 de 2003 estableció los criterios que se deben seguir para determinar la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo. Este decreto fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013 (M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO) en la cual la Corte advirtió claramente que “la inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”.

En este orden de ideas la evidencia aportada a un expediente para demostrar la exposición a radiación ionizante debe acreditar con criterios técnicos y objetivos la presencia del riesgo en la salud del trabajador en el sitio específico en el cual prestó el servicio. La carga de aportar dicha prueba la tiene quien reclama las consecuencias jurídicas del riesgo, es decir la parte demandante, en los términos del artículo 167 del CGP.

Bajo estas reglas y una vez analizado el expediente, la Sala no encuentra evidencia de que el actor hubiera laborado con exposición a *radiaciones ionizantes* en los sitios en los que trabajó, ni que hubiese desempeñado la *actividad de técnico aeronáutico con funciones de controladores de tránsito aéreo*. Las certificaciones aportadas al plenario únicamente dan cuenta de que se desempeña como se indicó en línea anteriores, como COPILOTO



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

FOKKER-50 de vuelo desde el 1° de octubre de 2010 tal y como lo acreditan las certificaciones expedidas por AVIANCA y TAMOA CARGO del 27 de septiembre de 2018 (fls. 13 a 15 y 16 a17), y se itera, ninguna evidencia se allegó sobre exposición a radiación ionizante en el sitio específico de trabajo, ni que el actor desempeñara actividades como controlador de tránsito aéreo, como lo concluyó la decisión de primer grado.

Por lo señalado en precedencia, se **confirmará** la sentencia consultada ante la ausencia de elementos probatorios para determinar la exposición al riesgo alegada.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20202000014-01 Dte: JUAN CAMILO RESTREPO RODRÍGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES*

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-260-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: VLADIMIR TELLEZ OCHOA

DEMANDADO: SEGURIDAD SPRINT LTDA.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de julio de 2021, por medio de la cual se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo ordenando en su numeral segundo el pago de \$88.041,49 como suma adicional a la consignada y en el numeral tercero, intereses moratorios. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas. (Fls 89 y SS).

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor VLADIMIR TELLEZ OCHOA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de SEGURIDAD SPRINT LTDA, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de



abril de 2017 y hasta el 9 de abril del mismo año. Solicita pago de salarios, prestaciones vacaciones y sanciones moratorias, indexación, ultra y extra petita (Fls 10 al 21).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el contrato se inició en la fecha indicada, mediante un salario de \$960.000, en el cargo de vigilante, que el 9 de abril de 2017, le solicitaron presentar carta de renuncia, que le adeudan prestaciones y vacaciones, que la demandada hizo un pago por consignación, pero no ha sido entregado por falta de documentos. (Fls 10 al 21).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda, aceptando el contrato, aunque señalando que era de obra o labor contratada. Se opuso a las pretensiones pues dijo haber cancelado lo adeudado. En cuanto a los hechos aceptó el contrato con la aclaración en su duración, pero afirmó que fue el actor quien renunció de manera voluntaria, dijo que el salario pactado fue el mínimo legal. Aceptó el cargo y labor personal del actor. Negó los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, buena fe, inexistencia de indemnizaciones por falta de pago y prescripción. (Fls 74 a 78).

Para llegar a la decisión que hoy revisa la Sala, la Juez manifestó, en síntesis: “ ... *no existe duda sobre la existencia del contrato de trabajo y así queda establecido con documental y además porque se acepta en la contestación de la demanda, este estuvo vigente entre el 1 y el 9 de abril de 2017, en cuanto al salario y dado el título se establece que la suma era de \$962.000 y ese se tendrá en cuenta para la liquidación. Señaló que en cuanto a horas extras están so se encuentran acreditadas como exige la jurisprudencia con claridad y precisión y en este caso no hay prueba de ello, por lo que se absuelve. En cuanto al pago de liquidación haciendo las operaciones aritméticas encontró una diferencia de \$ 88.041,49 y condenó a ese pago. En cuanto a la indemnización moratoria, citó el art 65 del C S T, y dijo que la condena no es automática, sino que debe hacerse análisis de buena o mala fe. Agregó que en este caso la demandada no procedió al pago inmediato, pues solo hizo el pago el 13 de junio de 2017 en el juzgado 25 y el contrato terminó el 9 de abril, así mismo al no anexar la documental requerida el juzgado no canceló el título. Por ello concluye que no hay buena fe, eran solo 9 días y no actuó como ordena la ley. Condena entonces a la moratoria, pero dado que se presentó la demanda dos años después solo condena a intereses moratorios a partir del mes 25, y hasta que se efectúe el pago de la suma adicional.*



Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso manifestando que: “... insiste en que debe condenarse pues si bien es cierto se hacen unas cuentas y no se accede a la demanda porque se presentó después de los dos años, dado que si se radicó un derecho de petición el 5 de julio de 2017 y eso interrumpe la prescripción en materia laboral luego se debe revocar y se pide ordenar al pago de la indemnización moratoria, pues si se presentó en los dos años pues se interrumpió con la reclamación y desde allí se cuenta el termino de dos años.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Efectivamente el artículo 65 del C S T consagra la denominada indemnización por falta de pago, que debe asumir el empleador cuando no cancela los salarios y prestaciones adeudada al trabajador. La ley 789 de 2002, modificó el artículo en mención, básicamente estableciendo una diferencia para determinar la forma de liquidación de la sanción y para los salarios superiores o no al mínimo legal.

En ese orden quienes devenguen el salario mínimo legal la indemnización moratoria corresponde a un día de salario por cada día de retardo, desde que el derecho se hace exigible.

Por el contrario, **para quienes devenguen más del mínimo legal la norma consagró un término de obligatorio cumplimiento para la presentación de la demanda**, que nada tiene que ver, como equivocadamente sostiene la recurrente con el fenómeno extintivo de la prescripción.

En ese orden si la demanda se presenta en los **24 meses siguientes a la finalización del contrato, la indemnización será un día de salario por cada día de retardo y hasta por 24 meses o hasta cuando se verifique el pago si el período es menor. A partir del mes 25 solo solo se pagarán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.**



Ahora si la demanda se presenta después de los 24 meses de terminado el contrato dijo la ley y ya fue también suficientemente aclarado por la Jurisprudencia, la indemnización por falta de pago solo será de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Como ya se dijo nada tiene que ver esta norma con la prescripción o extinción de derechos como equivocadamente sostiene la recurrente; fenómeno extintivo que en materia laboral se encuentra regulado en los artículos 488 y 489 del C S T en concordancia con lo establecido en el artículo 151 del C P del T y de la S S, en los que se indica con claridad que las acciones correspondientes a los derechos regulados en el código prescriben en tres años contados desde que la obligación se haya hecho exigible y que este termino puede ser interrumpido por una sola vez mediante la presentación de un reclamo escrito al trabajador.

En ningún aparte de la norma contenida en el artículo 65 del CST, se contempla una posible ampliación del plazo para presentar la demanda que solo tiene que ver con el pago o liquidación allí señalada, ni siquiera haciendo una esfuerzo interpretativo podría decirse que el plazo de 24 meses para hacerlo se cuenta desde que se presente reclamación de derechos, pues lo allí plasmado es claro el plazo para presentar la demanda es desde la terminación del contrato y de ello depende que la indemnización sea de un día de salario por cada día de retardo más intereses o de solo intereses; **siendo pertinente recordar que en donde la ley no distingue no le es dable al interprete recurrir.**

En conclusión como el salario determinado en este caso fue superior al mínimo legal para el 2017, esto es de \$ 952.000, lo que no se discutió por las partes, siendo el mínimo legal de esa época 737.717; **el demandante debía presentar la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del contrato, esto es hasta el 10 de abril de 2019**, dada la fecha de finalización del mismo, esto es el 9 de abril de 2017; siendo claro que solo lo hizo el 12 de abril de 2019, superado el tiempo que la norma contempla para que mantuviese el derecho a la indemnización como pretende la recurrente.

Insiste la Sala, no es posible aceptar el argumento de la recurrente y contar el termino de 24 meses para presentar la demanda, desde el 5 de junio de 2017, fecha



en que mediante petición solicitó el pago, pues la norma no lo contempla y este escrito solo puede tenerse como de interrupción de la prescripción o fenómeno extintivo de derechos, como ya se explicó.

Por lo expuesto y sin más consideraciones por innecesarias se CONFIRMA la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-384-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: PEDRO PABLO MELO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COOPERATIVA DE TRANSPORTES TEQUENDAMA LTDA., revisa la Corporación el fallo proferido el 12 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas por parte de las demandadas Cooperativa de Transportadores del Tequendama Ltda., y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor PEDRO PABLO MELO, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se condene a la demandada Cooperativa de Transportadores del Tequendama Ltda., al pago de aportes pensionales por los periodos comprendidos entre marzo 1981 a diciembre de 1984, diciembre de 1985 a junio de 1986, diciembre de 1986, marzo de 1988 a noviembre de 1988, abril

a noviembre de 1989, diciembre de 1990 a junio de 1991, julio de 1992 a agosto de 1993 y febrero a diciembre de 1994.

Como soporte de sus pretensiones señaló que inició a laborar al servicio de la Cooperativa de Transportes del Tequendama Ltda., el 20 de julio de 1976, en el cargo de conductor de transporte urbano, devengando como último salario el mínimo legal vigente, que dicha contratación se dio de manera verbal y durante el tiempo de su vinculación dicha sociedad no le pagó los aportes a pensión con destino al ISS en los periodos antes descritos y hasta la actualidad, no ha cumplido con dicha obligación.

Afirma que en el año 2002, el ISS le reconoció indemnización sustitutiva y el 9 de agosto de 2016 solicitó ante la sociedad corrección y expedición de certificado de tiempos laborados, pero no recibió respuesta, de igual manera petitionó ante Colpensiones solicitud de corrección de historia laboral; que el antiguo ISS, no requirió a su empleador para el pago de aportes y conforme certificación laboral expedida por este último, la relación laboral tuvo lugar entre el 13 de octubre de 1985 al 3 de marzo de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada la Cooperativa de Transportes del Tequendama Ltda., aceptó parcialmente los hechos contenidos en numerales 11 y 13, negó los No. 1, 4, 6 y 7 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

Por su parte Colpensiones, contestó negando los hechos No. 8, 10 a 12 y manifestó no constarle los demás, se opuso a las pretensiones de demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de derecho al pago de IPC, indexación o reajuste alguno, no configuración el derecho al pago de intereses, carencia de causa para demandar, compensación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a la cual se encuentra afiliado el demandante PEDRO PABLO MELO, a realizar el respectivo cálculo actuarial, por concepto de aportes para pensión, para los siguientes periodos: 1 de diciembre de 1985 a 15 de julio de 1986, diciembre de 1986, 2 de febrero a 27 de diciembre de 1988, 2 de abril a 12 de diciembre de 1989, 15 de noviembre de 1990 a 16 de julio de 1991, 24 de junio de 1992 a 3 de marzo de 1993, teniendo en cuenta las certificaciones laborales que deberá allegar la Cooperativa de Trabajadores del Tequendama Ltda., a dicha entidad de seguridad social.

SEGUNDO: CONDENAR a COOPERATIVA DE TRABAJADORES DEL TEQUENDAMA LTDA., a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de los aportes pensionales junto con la mora a que haya lugar, ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Igualmente, se ordena que en el término de máximo de 5 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia proceda a enviar a COLPENSIONES la relación de salarios mes a mes del periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 1985 al 3 de marzo de 1993.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que una vez realizado el pago por parte de COOPERATIVA DE TRABAJADORES DEL TEQUENDAMA LTDA y la demandante proceda a registrar en la historia laboral del señor PEDRO PABLO MELO, las semanas correspondientes a los periodos de cotización entre el 1° de diciembre de 1985 al 3 de marzo de 1993.

CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva. (...)

Como fundamento de su decisión, señaló en síntesis la Juez de primer grado que se allegaba certificado laboral expedido el 11/06/1996 por la parte demandante emitido por el jefe personal de la época Evelyn Rodríguez. igual se consignó una primera vinculación por parte del actor del 13/10/1985 al 03/03/1993 y otra relación laboral del 19/09/1994 al 12/03/1990; por su parte la pasiva allegó certificado laboral visible a folio 145 el plenario de fecha 14/01/2002 y que coincide en su integridad con los extremos laborales por ella alegados, que obraba copia de contrato suscrito entre el demandante y la sociedad demandada del 15 de noviembre del 15/12/1992 y el 01/04/1993 y la liquidación de este último en mención visible a folio 87 periodos que no aparecen relacionados dentro del certificado laboral emitido por la parte demandada el 14 de enero del año 2002; panorama que resultaba extraño al consignarse información distinta en 2 certificados laborales expedidos por la misma demandada, pues en el primero se consignó la existencia de dos

contratos mientras que en el expedido en el año 2002, se certificó la existencia de 8 contratos y como quiera que el allegado por la parte demandante no fue tachado de falso por la parte pasiva y al resultar este más favorable al demandante se tomaría este certificado a efectos de establecer los extremos laborales de la relación laboral deprecada, documental con la que es posible establecer que en efecto se presentaron diferentes relaciones laborales y no una sola relación de trabajo como lo indica la parte demandante; de un lado conforme la historia laboral allegada por Colpensiones se advierte una primera vinculación del 20/07/1976 al 28/02/1981 sin que entre lo que restaba de 1981 y 1984 se acreditaron la prestación de servicio por parte del actor para la demandada en mención; luego conforme a los certificados allegados una relación de trabajo del 21/01/1985 al 03/03/1993 otra entre 14/09/1993 al 28/01/1994 y una última del 19/09/1994 al 12/03/1996 por lo tanto se declararía que los contratos laborales que existieron entre las partes correspondían a siguientes extremos de trabajo: 20/07/1976 al 28/02/1981 del 21/01/1985 al 03/03/1993, del 14/09/1993 al 28/01/1994, del 19/09/1994 al 12/03/1996.

En cuanto al pago de aportes pensionales reclamado indicó que las disposiciones que regulan los efectos de la omisión en la afiliación por cualquier causa son las vigentes al momento del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho pensional reclamado y no las que regulaba la falta de afiliación para el momento en el que empleaba incurrió en dicha omisión y así lo había reiterado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral; que en cuanto a dicha afiliación, igualmente se había precisado que en desarrollo de los principios de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia todas las hipótesis de omisión en la afiliación sea cual sea la razón a que obedezcan deben encontrar una solución común que consiste en que las entidades de Seguridad Social tengan en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado con la obligación correlativa al empleador de pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos, cálculo que se justifica porque sería inequitativo e injusto que por falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime si se trata de un lapso en el que la obligación estuvo a cargo de aquel y además porque resquebraja la estabilidad financiera del sistema.

Por lo anterior, indicó que de conformidad con la copia de los contratos y los certificados laborales se había acreditado la prestación de servicio del actor de índole laboral desde el 20 julio 1976 al 28/02/1981, del 21/01/1985 al 03/03/1993, del 14/09/1993 al 28/01/1994 y del 19 de septiembre de 1994 al 14 de septiembre de 1994 al 12 de marzo de 1996 y de la revisión de los aportes efectuados a Colpensiones, se evidenciaba que no tenía realizados los aportes correspondientes a los periodos del 01/12/1985 al 15/07/1986, diciembre de 1986, 2 febrero de 1988 al 27/12/1988, 02/04/1989 al 12/12/1989, 15/11/1990 al 16/07/1991 y desde el 24 de junio 1992 al 23/03/1993, tiempo en el que se advierte, no se afilió al actor y tampoco se le efectuaron cotizaciones a pesar de haber laborado al servicio de la cooperativa demandada; por lo que se le ordenaría a esta pagar el título pensional o cálculo actuarial que elabore Colpensiones, con base en los salarios percibidos por el demandante durante la vigencia de su relación laboral; para lo cual a la Cooperativa demandada, concedió 5 siguientes días a la ejecutoria de la sentencia para que remitiera a Colpensiones la relación de los salarios percibidos por el demandante, ordenando a dicha entidad de seguridad social, realizar el cálculo actuarial, que debía ser pagado por la empleadora del actor conforme el cálculo realizado por esta entidad.

Declaró no probada la excepción de prescripción con fundamento en que los aportes destinados a conformar derecho pensional, eran imprescriptibles.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **Cooperativa de Transportadores del Tequendama Ltda.**, señaló no se aportaba prueba alguna por parte del demandante de la existencia del vínculo laboral durante los periodos indicados e incluso durante los periodos señalados por el despacho en la sentencia, ya que contrario sensu, había quedado probado que durante el tiempo que el actor laboró para esa sociedad, esta cumplió con los pagos con destino al sistema de pensiones, según se prueba con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones y allegado por el mismo demandante, pero ello, de ninguna manera demostraba la existencia de relación laboral por los años en los que no se refleja aportes, evidenciándose que el señor Pedro Pablo prestó sus servicios como conductor durante los periodos intermitentes donde firmaba contratos laborales por escrito y nunca de

manera verbal información que se encuentra soportada en los certificados emitidos por el ISS hoy Colpensiones, pretendiendo el demandante se declare el reconocimiento del pago de unas acreencias laborales con base en un supuesto vínculo laboral durante el periodo no laborado, no configurándose la presunción del artículo 24 del CST, ni mucho menos se tienen probados los elementos esenciales para que se configure el contrato de trabajo según señala el artículo 23 del este estatuto, la única relación que se demuestra es la certificación de Colpensiones, obrante de folio 58 a 62 del cuaderno principal y de la certificación expedida por esa sociedad 14/01/2002, en la cual se prueba que la relación laboral terminó el 31/12/94 como lo manifestó el representante legal el interrogatorio de parte.

indicó que el demandante no se había presentado a rendir su declaración de parte y los periodos certificados en la documentación referida, coincidían exactamente con el reporte de semanas cotizadas expedida por el ISS el día 30/08/97, igualmente la Corte Suprema de Justicia frente a los efectos señalados en la por 77 del CPTSS, había señalado que toda confesión podía ser infirmada y correspondía al juez detallar de manera específica los hechos sobre los cuales recaía, encontrándose infirmada la confesión del actor con las prueba allegadas al proceso y la declaración del representante legal y de la certificación visible a folio 58, se evidenciaba que desde el 20/07/76 hasta 28/02/99 al señor Pedro Pablo se le realizaron los correspondientes aportes a pensión en los periodos allí descritos, no encontrándose prueba de vínculo laboral existente por los periodos objeto de condena, no existiendo pruebas de la relación laboral, de la prestación directa del servicio y por ello no podía declararse que durante estos periodos se había prestado el servicio por parte del actor a favor de la sociedad demandada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación se tiene que el actor pretende el pago de aportes pensionales por los periodos que relaciona en su escrito de demanda por haber laborado para la sociedad Cooperativa de Transportadores del Tequendama Ltda., la que indica no efectuó dicho pago a pesar de estar obligada a ello; por su parte esta última, aduce que no existió relación laboral con el actor por los periodos objeto de condena, ya

que cuando existió la misma, sufragó los aportes correspondientes ante el entonces ISS.

Al respecto, se evidencia que como lo puso de presente la juzgadora de instancia, al plenario se allegan 2 certificaciones laborales expedidas por la sociedad en mención, las cuales distan en su contenido, como quiera que la aportada a folio 5 de expediente digital da cuenta de la existencia de 2 vínculos laborales entre el actor y la convocada en mención, el primero entre el 13 de octubre de 1985 al 3 de marzo de 1993 y el segundo, entre el 19 de septiembre de 1994 al 12 de marzo de 1996, documental que fuera expedida el 11 de junio de 1996.

La certificación visible a folio 84 el plenario y expedida también por la demandada en mención el 14 de enero de 2002, relaciona la existencia de 8 vínculos labores con el actor entre el 21 de enero al 30 de noviembre de 1985, del 16 de julio al 28 de noviembre de 1986, del 1 de febrero de 1987 al 1 de febrero de 1988, del 28 de diciembre de 1988 al 1 de abril de 1989, del 13 de diciembre de 1989 al 15 de noviembre de 1990, del 17 de julio de 1991 al 23 de junio de 1992, del 14 de septiembre de 1993 al 28 de enero de 1994 y del 19 de septiembre de 1994 al 31 de diciembre de 1994.

La decisión de primer grado dio grado de certeza al contenido de la primera certificación a que se aludió visible a folio 5 y allegada por la parte demandante que da cuenta de la existencia de 2 contratos laborales por considerarla más favorable al trabajador; no obstante ello, es claro que el principio de **favorabilidad** únicamente aplica ante la existencia de 2 disposiciones legales que regulen el caso bajo estudio, más no respecto de las pruebas aportadas en el debate procesal, razón por la cual, no era procedente como lo señaló la juez de instancia, dar mayor valor probatorio al contenido de una certificación laboral respecto de la otra por virtud del principio de favorabilidad, ya que conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber del empleador desvirtuar el contenido de las certificaciones laborales que ha expedido, caso en el cual, el juez efectuar un juicio valorativo más riguroso; al respecto reiteró en sentencia SL 2600 de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «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», paralelamente **también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida** (SL14426-2014; SL6621-2017). (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo señalado en precedencia y ante el distinto contenido de las certificaciones a que se alude, observa la sala que como bien lo indica el recurrente en recurso y alegaciones, la historia laboral del actor expedida por Colpensiones y visible a folio 58 del plenario da cuenta de que esta demandada efectuó aportes pensionales a favor el actor por los periodos que se relacionan en certificación que expidiera el 14 de enero de 2002, en la que dio cuenta de la existencia de 8 vínculos laborales con el señor Pedro Pablo, aunado a ello, esta demandada también allegó contratos de trabajo suscritos con el actor que si bien no son los 8 a que se alude, lo cierto es que sí dan cuenta de la existencia de más de 2 vinculaciones en contraposición a lo que se certifica en la documental expedida el 11 de junio de 1996.

Aunado a lo anterior como bien indica el recurrente, la única prueba que da cuenta de la prestación del servicio del actor en los extremos temporales a que fuera condenada a pagar cálculo actuarial es la certificación a que se alude expedida el 11 de junio de 1996, cuyo contenido como se señaló, se desvirtúa con lo consignado en la segunda certificación expedida en 2002 que coincide con los periodos efectivamente cotizados por esta sociedad al sistema de seguridad social en pensiones a favor del actor, a más de ello, con los contratos suscritos por el actor, que se itera, dan cuenta de la existencia de más de dos vínculos laborales del actor con la sociedad demandada.

Es así como al no encontrarse acreditada la relación laboral en los periodos respecto de los cuales versa la condena emitida en primera instancia, pues el contenido de la documental tenida en cuenta para el efecto en la decisión de primer grado, logró ser desvirtuado, a la demandada Cooperativa de Transportadores del Tequendama Ltda., no le asiste obligación alguna de efectuar el pago el cálculo actuarial a que fuera

condenada, debiéndose **REVOCAR** la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

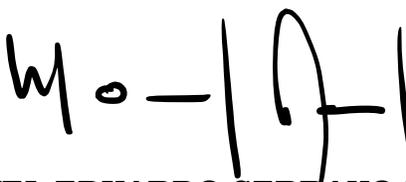
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN PABLO ACHINTE BENITEZ
VS MDS EU RAD 38-2016-818-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los () días del mes de de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

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

SENTENCIA

JUAN PABLO ACHINTE GIRALDO, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **MDS EU**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de diciembre de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2013, fecha en que terminó por despido indirecto. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, salarios, devolución de retenciones, indemnización por despido injusto, sanciones moratorias del art 65 CST y 99 de la Ley 50 de 1990, costas, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que el contrato existió en la modalidad y fechas solicitadas, que el salario pactado fue de \$ 5.000.000, que no le pagaron prestaciones, vacaciones, intereses a

las cesantías en vigencia del contrato, que el 11 de marzo de 2014, le cancelan \$12.100.726, realizando descuentos ilegales, que los aportes a seguridad social no fueron con el verdadero salario,

La demandada, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, afirmando que nada adeuda al demandante. En cuanto a los hechos los negó en su mayoría y dijo que en 2010 lo celebrado fue un contrato de prestación de servicios y que solo hasta el 2012 se firmó un contrato, cumpliendo desde allí con todas las obligaciones. Señaló que el salario pactado fue de \$3,60.000, más un bono no salarial de \$1.400.000., aceptó la cifra pagada y dijo que los descuentos fueron autorizados por el trabajador. Propuso las excepciones de inexistencia de vínculo laboral para los años 2010 y 2011, cobro de lo no debido respecto de créditos en esos años, inexistencia de la obligación de indemnizar al no estar acreditada la mala fe, prescripción. Buena fe, compensación y genérica. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintiocho (28) de julio de 2021, por la que resolvió en el numeral PRIMERO: *DECLARAR que entre el demandante JUAN PABLO ACHINTE GIRALDO y la empresa MDS EU, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente en el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2010 al 31 de agosto de 2013. En el numeral SEGUNDO condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, en el TERCERO; ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y en el CUARTO: DECLARÓ probada la excepción de prescripción para los derechos causados con anterioridad al 30 de agosto de 2013, no probadas las propuestas en cuanto a las condenas y relevado del estudio en cuanto a la absolución de las demás pretensiones. CONDENÓ en costas. (Expediente Digital).*

Para llegar a esa conclusión el Juez en síntesis afirmó lo siguiente: “...En primer lugar hizo una relación de las pruebas, certificaciones, pagos, constancias de transferencias, desprendibles de nómina y en general de la documental aportada. Luego se refirió al interrogatorio de parte de la demandada, lo resumió destacando que este dijo que de 2010 a 2012 existió contrato de prestación de servicios, que cuando se vinculó por contrato el demandante era representante legal suplente y que en 2010 era gerente comercial. Que fue el mismo demandante quien reguló la forma de salario, que el contrato terminó en 2013, porque pretendía vender una parte como

socio y nunca lo fue. Que allí surgió la discrepancia en la liquidación. También citó lo dicho por el demandante en interrogatorio, quien siempre dijo que todo lo ordenaba el representante legal principal quien era quien daba las ordenes, que nunca fue socio pero que esa era la idea al comienzo, que tomó unas oficinas de la empresa para su uso y posiblemente hubo cruces para el pago, que se pactó salario y una bonificación y que era la secretaria quien estaba encargada de los pagos, que la iniciativa de terminar el contrato fue de mutuo acuerdo, porque la relación se volvió tediosa. También citó los testigos resumió lo declarado por ellos (José A Cano, Helen Arias, Dani Alexander González Piñeros, Lorena Vanegas), En cuanto a la tacha de los testigos dijo que no se advierte parcialidad, que son creíbles y que estas declaraciones deben ser valoradas con las demás pruebas. Se remitió a la jurisprudencia de la C S J, sobre la diferencia del contrato de trabajo con otros, que es precisamente la subordinación dado que los demás elementos están en cualquier contrato, citó el art 23 del C S T, art 24 CST, sobre la presunción de la subordinación y la manera como con base en las pruebas se puede destruir para evidenciar la existencia de autonomía en la actividad. En este caso se encuentra probada la prestación de servicios del demandante en el cargo de Gerente Comercial y Representante legal suplente, y dentro de sus funciones estaba captar clientes y también funciones administrativas labor que es subordinada y no se advierte autonomía en esta función, en los periodos acreditados, en todo caso un gerente comercial debe rendir cuentas a quien está invirtiendo los recursos de cara al desarrollo empresarial, no es evidente que tuviera plena autonomía técnica o que ejecutara los roles bajo su cuenta y riesgo, sin que pueda advertirse falta de subordinación, aclarando que esta no se refleja simplemente en el cumplimiento de un horario, siendo pertinente indicar que como gerente su actividad no es dentro de la empresa sino buscando negocios que por lo general se desarrolla fuera de las instalaciones. Todo ello se extrae de los interrogatorios de las partes que concuerdan en ello y también de las documentales. En cuanto a las cuentas de cobro presentadas por el actor dijo que era una estrategia para reducir carga prestacional y ello fue aceptado por el demandante en interrogatorio de parte, lo que no le resta validez al contrato de trabajo. Es claro dijo también que de acuerdo con los testigos el demandante tenía una posición predominante en la empresa y estaba en condiciones de disponer como se hacían los pagos o regular su propia forma de retribución por la discrecionalidad que le había otorgado el representante legal, principal. Concluyó que no se desvirtuó la presunción establecida en el art 24 del C S T y por tanto lo que existió fue un contrato de trabajo verbal y desde luego entonces a término indefinido. En cuanto a los extremos ellos no surgen de manera clara con las pruebas, pero analizadas en su conjunto se deduce que al menos desde el 1 de enero de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2013, se cumplió la actividad del demandante atendiendo lo confesado por el representante legal de la demandada aunado a las cuentas de cobro y a la liquidación efectuada y declaró entonces el contrato en esas fechas y con esa modalidad. En cuanto al salario indicó que especialmente con la declaración de Lorena Vargas quedó acreditado un salario de \$3.000.000, en 2010, de \$4.000.000 en 2011 y de \$5.000.000 hasta 2013, y no les restó incidencia salarial a ningún monto pues eso se hizo para reducir carga pero no se hizo pacto de exclusión y la retribución erad recta por los servicios al tenor del art 127 del C S T. Cita sentencias al respecto. En cuanto a los reajustes de IPC, indicó que los reajuste así solo lo son para el salario mínimo legal vigente a la luz del art 148 del C S T y se refiere a sentencias al respecto (Rad 36894 16 de marzo de 2010 y otras como la de Rad 58043 18 de oct de 2017) y por ello no es viable esta

pretensión pues el salario del actor superaba el mínimo. Luego analizó la excepción de prescripción de acuerdo con los art 488 y 489 del C S T y art 151 del C P del T y de la S S, la jurisprudencia al respecto y declaró que en este caso se interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda el 30 de agosto de 2016 fl 42, la demanda se admitió el 21 de nov de 2016 y si bien es cierto se notificó el 12 de febrero de 2021 a través de curador ad litem, ello no fue negligencia del demandante quien el 3 de marzo de 2017 aportó las notificaciones e hizo todo lo necesario para el impulso procesal, y solo se logra notificación el 12 de enero de 2021 y en la tardanza no hay negligencia del demandante, y por ello los derechos causados antes del 30 de agosto de 2013, serán los afectados por el fenómeno de la prescripción, salvo las cesantías, dado que se hace exigible a la finalización del contrato de trabajo, en cuanto a las vacaciones dijo se hacen exigibles al año y ello se tendrá en cuenta para su prescripción. Realizó las operaciones aritméticas e impuso las condenas. En cuanto a la sanción moratoria de la ley 50 de 1990 art 99, señaló que consignó la de 2012 de manera incompleta y no consignó las anteriores, pero señaló que esto obedeció a decisión del mismo trabajador quien asumió funciones de administración y fue esa una decisión por el adoptada para reducir carga prestacional por su iniciativa y dentro de ese contexto y toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia responsabilidad y en consecuencia absuelve. En cuanto a las primas encontró acreditado el pago en la liquidación y absolvió, En cuanto a las vacaciones atendiendo a la prescripción y demostrado el pago en la liquidación de una parte y solo condenó al excedente no cancelado. En cuanto a la indemnización por despido indirecto y dijo que se debía demostrar el despido por el trabajador y cuando es indirecto la configuración de la justa causa y no hay comunicación alguna del demandante invocando justa causa como para que opere y además confiesa en interrogatorio que la terminación fue de mutuo acuerdo, luego absuelve. Solicita el demandante la sanción del artículo 65 del C S T dice que no es automática que debe analizarse la buena fe. Asegura que solo se canceló hasta el 31 de marzo de 2014, y que no existe justificación para ese retardo y en principio procedería la sanción, pero como a demanda fue presentada luego de dos años de terminado el contrato dijo que solo procederían intereses moratorios, en los términos del art 65 del C S T y dado que al mes 25 no hay obligación pues hubo pago se debe absolver, pues, aunque subsisten saldos se consignó, aunque tardíamente lo que se cree deber. En cuanto a los descuentos en interrogatorio el demandante reconoce que si hubo acuerdo en cuanto al pago de canines de arrendamiento y también de la línea telefónica y por tano no puede predicarse que hay descuentos o retenciones ilegales...”

Inconformes con la decisión los apoderados interponen recurso así:

Parte actora:

“... Según las declaraciones del representante legal se probó un contrato desde el 1 de diciembre de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2013, citó sentencias de la C S J sobre elementos del contrato y contrato realidad, y de mala fe la demandada buscó ocultar el contrato. Las prestaciones deben ser canceladas en su totalidad, la liquidación fue irregular y las consignó para evitar el pago. Luego se refiere a los derechos laborales y su consagración legal y doce que no cumplió con las obligaciones y la liquidación no comprende todo y se debe indexar lo que comprende las sanciones, la

empresa pagó sin tener en cuenta el bono de \$1.400.000 que era salario, en cuanto a las retenciones es ilegal pues el trabajador no lo autorizó con un escrito es un descuento prohibido y cita la ley al respecto y por tanto si no hay autorización este es prohibido. En cuanto al despido se puede concluir que el contrato terminó porque no pagaba en forma completa y el despido indirecto es por ese incumplimiento y eso lo dice el art 62 del CST, cita sentencias, insiste en las sanciones moratorias, citando del mismo modo sentencias al respecto y la ley que las consagra, dijo como se interrumpía según la ley, esto es con un reclamo escrito...”

Parte demandada: “... recurrió tres puntos específicamente: i) En cuanto al extremo del contrato del 1 de enero de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2013, insistiendo que ese vínculo fue un acuerdo de pares de dos personas con formación y ese fue un contrato de prestación de servicios, está de acuerdo que esas labores bien podía ser de un cargo de dirección pero esta probado que era autónomo y que podía desarrollar sus propios negocios y por ello hay una indebida valoración probatoria, señaló que nadie puede alegar en su favor su propia negligencia y por eso quedó probado que el demandante era quien señalaba su remuneración y por ello se tiene acreditado que los factores fue en atención a que el demandante mismo lo solicitaba y por eso el segundo punto es el monto del salario pues siempre fue acordado con el que factores eran salariales. Finalmente, en cuanto a la prescripción no esta de acuerdo en la interpretación del art 94 del C G P, y por ello considera que si están prescritos todos los derechos porque no se cumplió el termino allí previsto y el demandante debió pedir que se nombrara curador y no se pasará el año previsto en la norma y dice que el art 94 del CGP habla es de suspensión y la dilación es del demandante el debía acreditar la notificación...”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá los recursos de apelación, empezando por razones de método por el de la parte actora y haciendo previamente algunas precisiones.

Si bien el recurso de apelación no exige formulas sacramentales, es necesario si, que con precisión y claridad se **expongan los argumentos por los cuales no se esta de acuerdo con la decisión del Juez, cuales fueron su errores, cuales pruebas indebidamente valoradas, cuando se cree fue así y no limitarse a repetir las pretensiones de la demanda citar la ley y sentencias; fundamento de las mismas, porque eso se presentó justamente en la demanda en los ítems correspondientes a pretensiones y fundamentos de derecho.**

Lo anterior lo precisa la Sala porque del recurso del recurrente pocos, escasos y mínimos son los argumentos que puedan rescatarse, precisando desde ya que solo se referirá esta corporación a ellos, pues la exposición es simplemente una reproducción de la demanda, llegando al extremo de ignorar aspectos que se definieron tal y como fueron solicitados.

Indica así el actor como primer motivo de discrepancia que el contrato realidad se dio **desde el 1 de diciembre de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2013**, ignorando que la, **declaración a la que accedió el Juez fue un contrato desde el 1 de enero de 2010**, luego la Sala no entiende en verdad que es lo que se cuestiona de la decisión que al parecer no fue bien escuchada, toda vez que este extremo inicial, así declarado sin duda beneficia al trabajador.

Ahora bien, partiendo de esa premisa dice el recurrente que la liquidación no fue correcta, ignorando nuevamente que las condenas impuestas, justamente lo son, por haber encontrado unas diferencias, en las que incurrió la demandada y con base en los extremos que encontró acreditados; luego no puede tenerse esto como un reproche a la sentencia, ni menos aún puede considerarse como aspecto de liquidación errada; como tampoco el salario que determinó el Juez, pues justamente también, incluyó en la cifra los valores que se dijo por la demandada, no eran salario, luego tampoco se entiende el argumento de incluir el bono, toda vez que sí fue incluido; ni menos puede tenerse como salario la suma de \$5.000.000 en todo el tiempo, pues de acuerdo con las pruebas, este fue el salario pero en 2013, dado que el inicial fue de \$3.000.000, cifra que de manera clara fue indicada por la testigo que refirió el Juez, Lorena Vargas y que se encargaba de los pagos. Conviene recordar que correspondía a la parte actora probar no solo los extremos, sino el salario, si es que quería que fuese una suma superior por todos los años y ninguna actividad probatoria desplegó para tal efecto durante el juicio.

Ahora bien, de otra parte, la Sala se refiere a tres aspectos que se extraen del recurso; estos son: i) que es indicativo de mala fe haber tratado de negar el contrato y por tanto son procedentes las sanciones moratorias, ii) que existieron unos descuentos ilegales por cuanto no fueron autorizados por el

trabajador; y iii) que hay lugar a indemnización por despido indirecto, por cuanto el motivo de la terminación fue el incumplimiento en los pagos.

i) De la mala fe y las sanciones moratorias

Insiste la Sala que en el recurso solo se cita la ley y sentencias sobre las indemnizaciones moratorias, y escaso es el argumento que cuestione la decisión del Juez, salvo se itera, cuando se afirma que el negar el contrato acredita la mala fe de la demandada.

Al respecto conviene señalar y basta para resolver el argumento, que la demandada sostuvo desde la contestación de la demanda que el contrato de trabajo solo se dio desde 2012, toda vez que, en 2010, el demandante se vinculó por contrato de prestación de servicios y aunque en la providencia se llegó a conclusión diferente bajo el principio de primacía de la realidad, este argumento de defensa no basta para considerar que la omisión en la consignación de cesantías del art 99 de la ley 50 de 1990, no haya sido guiado por buena fe o como indica el recurrente producto de mala fe, más cuando olvidó el recurrente, se itera, referirse al argumento del Juez, para la absolución de este concepto y es que fue el demandante quien así lo decidió dadas sus funciones de administración con el objetivo de disminuir carga prestacional siendo claro que nadie puede beneficiarse de su propia negligencia. De manera que claro resulta que esta es una razón atendible que exonera a la demandada de esta sanción.

En cuanto a la del artículo 65 del C S T, y aunque si existió una tardanza en el pago, no existía lugar a la misma dado que la demanda se presentó después de 24 meses a la terminación del contrato, luego solo procederían intereses moratorios, -aspecto ignorado nuevamente por el recurrente- y aunque se encontraron diferencias, la demandada consignó lo que creía deber siendo esta una razón atendible para su conducta, aspecto que en todo caso no fue cuestionado.

En ese orden la decisión del Juez, en este aspecto será **CONFIRMADA**.

De los descuentos ilegales no autorizados

El argumento que se extrae del recurso, luego de referirse nuevamente a fundamentos de derecho, es que los descuentos están prohibidos toda vez que no fueron autorizados por escrito.

Al respecto conviene recordar que los descuentos que requieren autorización previa y escrita son aquellos que se hacen en vigencia del contrato de trabajo; tema este bastante definido ya por la jurisprudencia y no los que hacen a la terminación del mismo, sobre todo como en este caso cuando se encuentran plenamente justificados, pues derivan de arrendamiento de una oficina para negocios propios del demandante y de línea telefónica para uso diferente al del contrato hecho este confesado por el demandante en interrogatorio de parte.

No sobra citar la sentencia SL 3690, Rad 68363, de agosto 26 de 2020, en donde la CSJ señaló:

“ (...)

*Frente a ello, cabe indicar que el argumento jurídico del sentenciador, según el cual, la prohibición de compensar, deducir o retener suma alguna de los salarios o prestaciones sociales opera en vigencia del contrato de trabajo, no fue cuestionado por la censura; de ahí que el yerro 6, sobre esa prohibición contenida en el reglamento interno de trabajo, no tiene asidero alguno, y por el contrario, lo que hace es confirmar el razonamiento del Tribunal, toda vez que el artículo 68 de dicho instrumento (folio 661 cuaderno 2), que la censura adujo como no apreciado por el fallador, repite el contenido del numeral 1º del artículo 59 del CST, **que el sentenciar interpretó con base en el criterio jurisprudencial vigente, en el sentido que, la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede sin autorización escrita del trabajador, ya que la obligación del empleador de solicitar autorización judicial para la deducción de las cifras adeudadas, está previsto para el caso de compromisos contraídos en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y las prestaciones que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo, como una garantía de la ley, para que el trabajador no se vea afectado en el ingreso ante deudas con su empleador.***

Sobre el tema, se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003, rad. 21057, reiterado en decisiones del 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, rad., 27278 y 27425, CSJ SL712-2013, y CSJ SL8095-2014.

Así las cosas, partiendo de la base, que la demandada, a la terminación del contrato sí podía compensar obligaciones del trabajador, se debe examinar, si realmente el trabajador tenía alguna deuda con el empleador en vigencia del vínculo laboral, concretamente, si recibió dineros

que en esencia no estaba legitimado para recibir, al no haber prestado el servicio, por habersele pagado anticipadamente.

Entonces claro resulta en este caso, no solo que se podía hacer el descuento sin autorización, sino que tal y como señaló el Juez es resultado de una deuda con el empleador, derivada del arrendamiento de una parte de sus oficinas en donde el trabajador realizaba negocios diferentes al del contrato, así como de la línea telefónica, hechos estos confesados por el demandante; luego podía ser compensados como señala la Corte y como concluyó el Juez, razón por la que este punto de la sentencia también será **CONFIRMADO.**

De la indemnización por despido indirecto

Nuevamente el recurrente se limita no solo a citar normas y jurisprudencia, sino a hacer afirmaciones carentes de sustento probatorio como aquella que asegura la terminación del contrato por incumplimiento de obligaciones.

Omitió el recurrente en su cita legal aquella contenida en el parágrafo del art 62 que señala:

“(...)

PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Y es que como señaló el Juez ni una sola prueba hay de comunicación alguna por parte del demandante, en donde se señale ese motivo; esto es el incumplimiento en los pagos como motivo de terminación; por el contrario, fue el mismo demandante quien en interrogatorio de parte confesó que el contrato terminó de mutuo acuerdo; según su dicho porque la relación con su empleador se había vuelto “tediosa”.

En consecuencia, tal y como concluyó el Juez no hay lugar al pago de indemnización pues no hay prueba alguna de la terminación del contrato a voluntad del trabajador y con justa causa atribuible al empleador que es lo

conocido como despido indirecto; luego se CONFIRMA, también esta decisión.

Finalmente, no sobra agregar que en la parte final del recurso el demandante hace referencia a los que esta previsto en la Ley, como interrupción de la prescripción, pero no cuestiona de manera alguna lo decidió por el Juez al respecto, sin que ni siquiera haciendo un esfuerzo interpretativo pueda la Sala referirse a este tema.

Resuelto el recurso de la parte actora resuelve la Sala el de la demandada en sus puntos específicos

Del contrato de prestación de servicios

Afirma el recurrente que el contrato suscrito en enero de 2010 fue de servicios y que ello se deduce del acuerdo que se realizó entre dos personas con formación, siendo prueba de ello que el demandante podía realizar otros negocios y que era autónomo en la prestación de servicios.

Al respecto conviene señalar que tal y como se admitió desde la contestación de la demanda, no hay duda alguna de la prestación de servicios, por parte del actor y en beneficio de la demandada, en el cargo de gerente comercial y representante legal suplente; desde enero de 2010; lo que definitivamente dio paso a la presunción del contrato de trabajo en virtud de lo establecido en el art 24 del C S del T, correspondiéndole a la demandada desvirtuarla, mediante la demostración de existencia de otro tipo de contrato.

Definitivamente entonces no basta para ello, afirmar que el demandante era autónomo, porque esto no se acreditó por el contrario quedó establecido, incluso con los mismos testigos de la demandada, que el actor seguía y obedecía órdenes del representante legal principal de la empresa y el que viajara o manejara el horario, no es, como señaló el Juez el único indicativo de subordinación, porque como sugiere el mismo recurso, esto se da en cargos como el del actor; -nótese que era representante legal suplente-; ni tampoco tiene fuerza para desvirtuar la presunción, el hecho de ejercer el actor otras labores, en otras empresas ajenas y propias, porque el contrato

de trabajo admite la concurrencia con otros de su misma naturaleza o diversa; según lo establecido en los artículos 25 y 26 del CST.

Por lo expuesto se CONFIRMA lo decidido en este punto.

Del salario

Aunque el recurrente asegura que el actor fue quien determinó el salario y los factores que no lo eran, sin que pueda beneficiarse de su negligencia, lo cierto es que tal y como señaló el Juez la cifra determinada, remuneraba el servicio, toda vez; -y basta este argumento para confirmar la decisión-, que los pactos de exclusión salarial deben ser expresos, como ordena el art 128 del C S T, luego al no existir dicho pacto todo lo recibido tenía carácter salarial debiéndose CONFIRMAR lo decidido al respecto

De la prescripción

En este punto el recurrente se limita a indicar en que consiste la prescripción judicial y a señalar que era deber del demandante adelantar tramites de notificación y nombramiento de curador, siendo la dilación su responsabilidad; por lo que en su criterio el tiempo previsto en el art 94 del CGP, si transcurrió; ignorando también el argumento del Juez basado en la jurisprudencia que evidentemente y como estudió ha señalado que no solo el transcurso del tiempo en esta prescripción se reitera judicial es determinante en su declaración.

Así como señaló el Juez, lo ha definido la jurisprudencia, entre muchas sentencias la SL159 de noviembre 11 de 2020

“(…)

1. La prescripción en materia laboral y su interrupción.

La prescripción es un modo de adquirir cosas ajenas, o bien, de extinguir las acciones y derechos, por haberse poseído dichas cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo determinado. Es decir, la prescripción extintiva se entiende como una forma de extinción o desaparición de un derecho, real o personal o de una acción, cuando durante un determinado período de tiempo establecido en la ley, no

se realizan ciertos actos, a lo que el ordenamiento le atribuye la consecuencia indicada (CSJ SL2501-2018).

Esta Sala de la Corte ha señalado que el fenómeno de la prescripción se justifica por razones de orden práctico y que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854). En materia laboral, en la sentencia C-412-1997 la Corte Constitucional indicó que dicha institución jurídica tiene como finalidad *«el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral concurrente con la función del Estado de garantizar la vigencia y efectividad del principio de seguridad jurídica. Resulta entonces congruente con dicho principio, el imponer límite a la existencia de conflictos para que estos no perduren indefinidamente, siendo resueltos por medios pacíficos entre patronos y trabajadores»*.

Sin desconocer el espacio fáctico de la acusación y como esta conmina a la Sala a determinar el momento a partir del cual comienza a contar el término de prescripción de las acreencias laborales reclamadas, es pertinente reiterar que acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta *«el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador»*, para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese *«reclamo escrito»* lo que el legislador pretendió fue que el empleador, ante el eventual inicio de un proceso judicial, hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese *«simple reclamo por escrito»* puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud por escrito que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural (CSJ SL, 2 sep. 2020, rad. 55445).

Asimismo, es importante tener en cuenta que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de los hechos y aplicable a los procesos laborales en virtud de lo dispuesto por el artículo 145 del Estatuto Adjetivo del Trabajo y de la Seguridad Social, contempla la posibilidad que el término de tres años se entienda interrumpido desde la fecha de radicación de la demanda, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, según sea al caso, *«se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente»*. Una vez transcurrido ese tiempo, el efecto solo se producirá con la notificación del auto admisorio.

Conforme lo anterior, la prescripción de las acciones laborales puede ser interrumpida a través de dos mecanismos diferentes y no excluyentes: la extrajudicial, mediante la presentación al empleador del simple reclamo

escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo; y con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones señaladas por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (CSJ SL, 13 dic. 2001, rad. 16725 y CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 38504). Precisamente, en la primera providencia referida, la Corte señaló:

(...) si el mecanismo de interrupción que pretende utilizar el trabajador o sus causahabientes es el reclamo escrito extrajudicial, tal situación deberá gobernarse por las normas pertinentes, esto es los artículos 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; pero si la interrupción del fenómeno prescriptivo pretende derivarse de la presentación de una demanda, en este caso los preceptos pertinentes serán los contenidos en los artículos 90 y 91 del Código de Procedimiento Civil.

El razonamiento sugerido por los recurrentes según el cual a la presentación de la demanda como medio de interrupción de la prescripción se le aplican las normas de los códigos procesal y sustantivo del trabajo, podría ser viable de no existir los preceptos del Código de Procedimiento Civil que gobiernan precisamente esa situación, pero, adicionalmente, significaría que existe un solo medio de interrupción de la prescripción en materia laboral: la presentación de cualquier reclamo escrito que cumpla con los tres requisitos señalados en aquellos preceptos, interrupción que solo podría, en consecuencia, presentarse por una sola vez, con lo que, desde luego, se estarían restringiendo las posibilidades de provocarla mediante la presentación de demanda, en detrimento y mengua de los beneficiarios del referido mecanismo.

Ahora, en cuanto a la eficacia o ineficacia de la interrupción de la prescripción derivada del supuesto del artículo 90 en comento, es oportuno recordar que en la sentencia C-227-2009 la Corte Constitucional declaró exequible el entonces vigente artículo 91 *ibidem*, que regulaba aquella situación, «*en el entendido que la no interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad sólo aplica cuando la nulidad se produce por culpa del demandante*».

En esa decisión se consideró que era desproporcionado que se predicara la ineficacia de la interrupción de la prescripción cuando el demandante había sido diligente en la formulación oportuna de la demanda, pero por razones ajenas o no imputables exclusivamente a él, como sucede ante las divergencias doctrinarias o jurisprudenciales en materia de competencia y jurisdicción, se ve obligado a transitar en una u otra sede judicial y pierde así la posibilidad de exigir su derecho por efecto de dicho fenómeno extintivo. De modo que en tales casos la interrupción de la prescripción por la presentación oportuna de la demanda produce todos sus efectos. En aquella oportunidad, así lo asentó esa Corporación:

El contenido normativo acusado por el actor en este juicio, impone al demandante en el proceso civil las siguientes cargas: (i) el deber de presentar la demanda dentro del término exigido en la ley procesal

para el ejercicio de la acción, pues de lo contrario no tendría sentido los efectos que genera la norma acusada sobre ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad (Art. 91.3); (ii) el deber de cumplir con los requisitos para que la presentación de la demanda despliegue su función de mecanismo de interrupción del término de prescripción y de evitar la operancia de la caducidad (Art. 90); y (iii) la exigencia de no errar en la selección de la jurisdicción y del juez con competencia funcional en la formulación de su reclamo (Art. 140 num. 1 y 2). El incumplimiento de estas cargas le puede acarrear la pérdida del derecho sustancial y la imposibilidad de volver a demandar por haberse consolidado la prescripción o la caducidad respectiva, derivadas del transcurso del tiempo durante el trámite procesal.

En cuanto al primer nivel de análisis, encuentra la Sala que la exigencia de presentar en término la demanda para viabilizar el efecto de interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad, persigue el objetivo de propender por el fortalecimiento y consolidación de la seguridad jurídica en favor de los asociados, estableciendo las condiciones legales que le permitan determinar con claridad los límites temporales para el ejercicio y exigencia de los derechos. Los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia exigen así mismo que las personas que someten sus asuntos a la jurisdicción actúen con diligencia, eficacia y prontitud a fin de que puedan obtener una respuesta definitiva a sus reclamos. Correlativamente quienes son sujetos pasivos de esas demandas, tienen derecho a saber con claridad y certeza hasta cuándo pueden estar sometidos a requerimientos judiciales por una determinada causa.

La carga consistente en el cumplimiento de los requisitos (Art. 90 C.P.C.) para que la presentación de la demanda despliegue su función de mecanismo de interrupción del término de prescripción y de inoperancia de la caducidad, contribuye a la consolidación de esa finalidad. En efecto, el interés del legislador de atribuirle efectos negativos al paso del tiempo, es el de asegurar que en un plazo máximo señalado perentoriamente por la ley, se ejerzan las actividades que permitan acudir a la jurisdicción, a fin de no dejar el ejercicio de los derechos sometido a la indefinición, con menoscabo de la seguridad procesal tanto para demandante como demandado.

Finalmente la exigencia relativa a acertar en la selección de la jurisdicción y la competencia, so pena de ocasionar la nulidad insubsanable del proceso, persigue la finalidad, perfectamente válida desde la perspectiva constitucional, de preservar el principio de juez natural y el debido proceso. De manera que tal exigencia ha sido considerada a priori por esta Corporación como una carga debidamente fundada en preceptos constitucionales, en la medida en que, aparentemente, se encuentra avalada por criterios jurídicos objetivos que le permiten al demandante, desde un comienzo, discernir válidamente y con corrección, ante quien debe dirigir la acción (...).

La medida que establece el precepto acusado encubre una sanción – la pérdida del derecho de acción – que se muestra como razonable en

relación con las personas que al acudir a la jurisdicción abandonan los deberes que le señala el orden jurídico para el ejercicio de sus derechos, o incurren en manifiestos errores en el ejercicio de los mismos. Sin embargo, en virtud de la forma indiscriminada y genérica como está prevista la consecuencia gravosa contemplada en el precepto acusado, ésta se impone también al demandante diligente que ha ejercido su acción jurisdiccional en tiempo, que no ha dado lugar a la declaratoria de la nulidad, y que sin embargo debe soportar un menoscabo desproporcionado de sus derechos.

La consecuencia procesal que la norma impugnada hace recaer sobre el demandante diligente, resulta desproporcionada cuando el error en la selección de la competencia y/o la jurisdicción no le es imputable a él de manera exclusiva, sino que puede ser el producto de múltiples factores, que escapan a su control, como pueden ser las incongruencias de todo el engranaje jurídico, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción, y sin embargo, la carga y censura procesal sólo se imponen a él.

La imposición de una carga desproporcionada en el sentido señalado, vulnera los postulados fundamentales contemplados en los artículos 228, 83 y 229 de la Constitución Política, en cuanto menoscaba las posibilidades de un debido proceso para el demandante, obstaculiza su efectivo acceso a la administración de justicia, y defrauda las expectativas legítimas cifradas en su derecho de acción.

En efecto, la implícita inclusión del demandante diligente en el ámbito de los destinatarios del precepto acusado vulnera varias de los elementos que estructuran la dimensión material del contenido múltiple y complejo, que conforme a la jurisprudencia (supra 4.3.), se adscribe al derecho de acceso a la justicia. Se vulnera su derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el derecho a que ese despliegue de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo, y el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones.

La competencia normativa ejercida por el legislador a través de la norma analizada resulta acorde con la Constitución en relación con el demandante que ha abandonado o descuidado las cargas que el orden jurídico le exige para el ejercicio de sus derechos, pero no respecto del demandante diligente que ha instaurado oportunamente su demanda y cumplido con los presupuestos procesales que el orden jurídico le impone para el ejercicio del derecho de acción. La consecuencia lesiva que el precepto acusado establece, de manera genérica, aún para el demandante diligente, desatiende los fines constitucionalmente admisibles de las figuras de la prescripción y la caducidad, vulnera los principios de acceso a la justicia y de prevalencia del derecho sustancial.

(...) tal como está concebida la norma acusada, ésta también permite entender que la misma sanción procesal – ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad - es aplicable al demandante que ha acudido de manera oportuna y diligente a la justicia, cumpliendo con las cargas procesales que le imponen las

normas legales, y sin embargo, debido a factores que no le son imputables, como pueden ser las discusiones doctrinarias o jurisprudenciales sobre las normas de competencia, se ve enfrentado a la pérdida de su derecho sustancial así como de la oportunidad para accionar. Este sentido, permitido por la configuración del segmento normativo acusado, resulta inconstitucional por imponer al demandante, que se encuentra en tal circunstancia, unas cargas desproporcionadas (subraya la Sala).

Por último, respecto a la ineficacia de la interrupción de la prescripción cuando se declara la falta de jurisdicción por cláusulas compromisorias, la Corte Constitucional en la sentencia C-662-2004 declaró inexecutable el numeral 2.º del referido artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación que introdujo el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a la excepción de falta de jurisdicción prevista en el numeral 1.º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, y señaló que «en este caso, en el mismo auto, el juez ordenará remitir el expediente al juez que considere competente, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema»; asimismo, declaró la inconstitucionalidad de aquella norma en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisorias prevista en el numeral 3.º del citado artículo 97, y «en este caso, en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema». Así lo explicó dicha Corporación:

En caso de prosperidad de la excepción de cláusula compromisorias o compromiso, ante la inexecutable de la norma acusada, el juez de conocimiento que estime probada la excepción, deberá señalar un término razonable para la integración del tribunal de arbitramento, teniendo en cuenta para ello factores económicos, de interés de las partes, de prescripción y caducidad de los derechos, etc., de manera tal que una vez trabada la controversia y definida la jurisdicción, las partes encuentren claridad en los límites temporales a la definición de sus derechos. Nótese que este límite temporal fijado por decisión judicial, no es ajeno a la legislación civil, ya que en el artículo 119 del C.P.C., este estatuto prevé posibilidad para el juez de establecer términos, por expresa habilitación legal (destaca la Sala).

En ese sentido tal y como señaló el Juez está demostrado que el demandante actuó con diligencia y si transcurrió el término consagrado en el art 94 del C G P, otrora 90 del C P C, no fue por negligencia suya como señala equivocadamente el recurrente; siendo el operador judicial quien toma decisiones, como las que el recurrente le atribuye a la parte.

En esa misma sentencia la Corte dijo:

“(…)

En este punto, téngase en cuenta que el acceso a la administración de justicia es una función pública que se debe ejercer con primacía del derecho sustancial, teniendo en cuenta que las formas procesales tienen por objeto su efectividad, tal como lo señala el artículo 4.º del Código de Procedimiento Civil. Al respecto, la Corte Constitucional en la citada sentencia C-227-2009 señaló:

(...) el derecho de acceso a la administración de justicia se integra al concepto de núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, y está impregnado del principio de efectividad que se predica de todos los derechos fundamentales, exigencia que impone la optimización de los medios de acceso para garantizar una tutela judicial efectiva.

De allí que haya sido calificado como un derecho de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: "(i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos" (énfasis añadido).

El cumplimiento de los anteriores objetivos cualifica la administración de justicia e imposibilita que su ejercicio se limite a una perspectiva formal, lo que conlleva que las diferencias sometidas a la jurisdicción sean resueltas de fondo, para de esta forma, otorgar certeza y titularidad sobre los derechos reclamados (CSJ SL4607-2017) y garantizar de ese modo la paz social y colectiva. Asimismo, nótese que uno de los contenidos esenciales de esta garantía superior es la de evitar *dilaciones injustificadas* que repercutan negativamente en la resolución de fondo de las controversias que brotan de las relaciones sociales.

En efecto, debe tenerse en cuenta que en un Estado democrático, pluralista y constitucional es necesario que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas y que las situaciones de hecho prolongadas en el tiempo se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854), esto es, que quienes promuevan un litigio logren resolver su controversia y no se vean sometidos a su indefinición, pues tal situación contraría la más vital de las aspiraciones de la justicia, cual es lograr la paz social. Al respecto, la Corte Constitucional en la ya referida sentencia C-662-2004 expuso:

(...) los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, exigen que con diligencia, eficacia y prontitud, las personas que se someten al tránsito jurídico puedan obtener una respuesta definitiva a sus causas, que termine en lo posible con una decisión que haga tránsito a cosa juzgada. En el mismo sentido, quienes son sujetos pasivos de esas exigencias, es decir los demandados, deben saber con claridad hasta cuando estarán subordinados a requerimientos procesales, de manera tal que sus derechos constitucionales también sean respetados.

Y en similar sentido, en la sentencia C-666-1996 manifestó:

El artículo 333, numeral 4, del Código de Procedimiento Civil dispone que las sentencias que contengan una decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio no hacen tránsito a cosa juzgada.

De la misma esencia de toda inhibición es su sentido de “abstención del juez” en lo relativo al fondo del asunto objeto de proceso. Siempre consiste, por definición, en que la administración de justicia no se pronuncia, esto es, no falla, no decide, no juzga. Y, si no juzga, carece de toda lógica atribuir al acto judicial en que se consagra tal determinación -de no juzgar- el carácter, la fuerza y el valor de la cosa juzgada, que de suyo comporta la firmeza y la intangibilidad de “lo resuelto”.

Tal conclusión resulta mucho más clara y evidente en el caso de inhibiciones constitutivas de vías de hecho, por cuanto la flagrante violación judicial al ordenamiento jurídico no puede alcanzar en justicia el nivel y la intangibilidad de la cosa juzgada.

En dicha perspectiva, el juez plural debió tener en cuenta la decisión que emitió en el anterior proceso y que, como quedó visto, impidió al demandante el acceso efectivo a la justicia, pues no se tuvo en cuenta los criterios establecidos en las sentencias CC C-662-2004 y C-227-2009. De modo que el usuario del servicio público de justicia no obtuvo una resolución de fondo de su controversia y, en ese orden, el asunto no hizo tránsito a cosa juzgada.

Asimismo, dadas las especialísimas circunstancias que rodean el caso, el *ad quem* debió auscultar en las soluciones jurídicas posibles que resolvieran en la forma más ajustada a derecho la situación injusta en la que se situó al usuario del servicio de administración judicial y que la propia jurisdicción generó, pues si una providencia en firme obstaculiza el acceso efectivo a la justicia en su modalidad de obtener una definición material de una controversia determinada, y que por la naturaleza de los mismos el asunto no hizo tránsito a cosa juzgada formal ni material, para la Sala no solo es coherente, sino deseable, que si el ciudadano persiste en que la jurisdicción defina su controversia, el Estado a través de los jueces tome la decisión que en derecho corresponda y acuda a las soluciones jurídicas posibles y más adecuadas al contexto del respectivo caso.

Y esa solución que exigía la problemática no era, sin duda, contabilizar el término de prescripción desde la fecha en la que la demandada dio

respuesta al derecho de petición que persiguió inicialmente el pago de los derechos aquí reclamados, esto es, el 2 de diciembre de 2002, y luego tener como término final el de la presentación de la demanda que dio inicio a este proceso -7 de mayo de 2007-, pues tal discernimiento no hace justicia a las actuaciones que impertinente realizó el actor por razón de la orden que emitió esta jurisdicción.

Al obrar así, es evidente que el *ad quem* no se percató que antes de la presentación de la demanda el accionante ejerció otros actos que derivaron del estricto acatamiento de una orden judicial y que, se reitera, le implicaron trámites innecesarios e impertinentes a aquel y que finalmente jugaron en su contra en el conteo del tiempo de prescripción, de modo que por razones de justicia y equidad debieron descontarse al analizar dicho fenómeno extintivo.

En ese sentido, la Sala considera que no puede endilgársele la responsabilidad al actor que acarree de manera automática la declaratoria de la excepción de prescripción señalada en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en esa medida se cuente este fenómeno extintivo desde cuando la demandada le dio respuesta al derecho de petición que formuló el 2 de diciembre de 2002, como lo hizo el Tribunal, pues se insiste, debió descontarse de esa operación el tiempo que aquel gastó en los actos que adelantó en cumplimiento estricto de la decisión jurisdiccional.

En otros términos, de forma similar a como lo explicó la Corte Constitucional en la referida sentencia C-227-2009, esta Sala de Casación considera que si una parte presenta su demanda de forma oportuna y diligente, pero su trámite y decisión de fondo de la controversia no es posible o se retarda por efecto de las decisiones de los jueces que no se consideran competentes, y así queda obligado a transitar en distintas sedes judiciales o incluso de otro orden como aquí ocurrió, este tiempo no puede tenerse en cuenta para contabilizar la prescripción, dado que ello no reconoce el contenido esencial del derecho fundamental al acceso efectivo a la justicia, y reproduce una sanción procesal inconstitucional a cargo de quien actuó diligentemente y solo acató lo decidido por los jueces, conforme se señaló....”

Por lo expuesto la decisión en este punto también resulta acertada por lo que se CONFIRMA, así como en toda y cada una de sus partes ya que fueron resueltos los puntos de apelación.

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2021-00104-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ALBERTO CARDOZO

DEMANDADO: UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA

-

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **YIBETT TRIANA TOVAR**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.715.486 y tarjeta profesional No. 242.403 del C.S de la J como apoderada de la parte demandada, para los fines del poder de sustitución conferido.

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

Bogotá siendo el día treinta y uno de mayo del año dos mil veintidós (2022)

ALEGACIONES

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

La Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, previa deliberación profieren la siguiente

S E N T E N C I A

El señor **LUIS ALBERTO CARDOZO** mediante apoderado instauró demanda en contra de **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA**, para que mediante el trámite de un proceso laboral se declare la existencia de una relación laboral del 1 de febrero de 2018 y hasta el 15 de abril de 2018, en el cargo de docente programa de cultura física y deportes, que el contrato terminó por renuncia, pero con causa atribuible al empleador. En consecuencia, solicita el pago de salarios, prestaciones, vacaciones, indemnización por terminación del contrato con justa causa atribuible al empleador, indemnización del ar 65 del C S T, sanción por intereses a las cesantías, indexación, aportes, extra y ultra petita, costas. (Expediente Digital).

Como fundamento de las pretensiones y, en síntesis, indica que se vinculó a la Universidad en las fechas y cargo indicados, que laboró hasta el 15 de abril de 2018, fecha en la que renunció por causa atribuible al empleador, que la asignación era de \$1.448.211, que el motivo invocado fue incumplimiento en los pagos, que elevó varios derechos de petición para el pago, que citó a audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo y la demandada no asistió, que a la fecha de presentación de la demanda la demandada no ha pagado ni salarios ni prestaciones, ni hizo el pago de aportes. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien no se opuso a las declaraciones contenidas en los numeral uno al quinto, relativas a la existencia del contrato. En su mayoría se opuso a las demás señalando que el demandante renunció de forma libre y voluntaria y sin invocar ningún motivo, reconociendo que adeuda salarios y prestaciones, pero indicando que ello se debe a crisis financiera. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, esto es hechos uno al tres, quinto y sexto y en general los relativos a lo adeudado, alegando crisis financiera; negó lo relacionado a la renuncia con justa causa atribuible al empleador Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, fuerza mayor, buena fe, genérica, enriquecimiento sin causa, pago y compensación, prescripción, imposibilidad de acogerse a un proceso de reorganización o liquidación judicial

Tramitada la primera instancia, el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021), por la que resolvió: *"PRIMERO: CONDENAR a la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA a pagar a favor de LUIS ALBERTO CARDOZO las siguientes cantidades de dinero, conforme a lo motivado en esta providencia: 1. Por concepto de SALARIOS la suma de \$3`620.527,5. 2. Por concepto de CESANTÍAS e INTERESES A LAS CESANTÍAS la suma de \$309.254. 3. Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS la suma de \$301.711. 4. Por concepto de VACACIONES por la suma de \$141.667. 5. Por concepto de indemnización por despido indirecto la suma de \$2`172.316,5. 6. Por concepto de sanción por el no pago de intereses a las cesantías la suma de \$7.543. 7. Por concepto de*

indexación sobre todas las acreencias laborales objeto de condena, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de LUIS ALBERTO CARDOZO.

TERCERO: DECLARAR probada las excepciones denominada pago frente a los aportes a seguridad social y buena fe. Declarar no probadas las demás. CUARTO: Condénese en costas a la parte demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, por tanto, se fija a su cargo la suma de \$200.000 como agencias en derecho...”

Para llegar a esa conclusión y en síntesis afirmó el Juez: “...No ofreció controversia la relación laboral sus extremos el cargo y salario; fueron aceptados todos estos hechos en la contestación por parte de la Universidad Incca de Colombia, quedando demostrado que entre las partes existió un contrato a término fijo el 01/02/2018 al 15 abril 2018, la labor fue docente programa de Cultura física y deportes con asignación salarial de \$1,448,211; establecido lo anterior, en cuanto al pago de las acreencias laborales señala el demandante que en vigencia del vínculo con la demandada, no le pagó salarios prestaciones sociales y vacaciones; ha señalado la demandada por su parte en su contestación que ha realizado las acciones encaminadas al cumplimiento de sus obligaciones durante la vigencia del vínculo laboral; sin embargo señala que está en crisis financiera desde el primer semestre del año 2018 debido a la disminución de sus ingresos operacionales y la disminución de matrículas de 4901 estudiantes en el primer semestre de 2015 a 1897 estudiantes en el segundo semestre 2018, lo que impidió reconocer acreencias laborales al demandante; razón por la cual, ha presentado oposición a las súplicas de la demanda.

Está suficientemente acreditado en el expediente que la Universidad Incca de Colombia ha venido presentando serias dificultades económicas al punto que el Ministerio de Educación Nacional en la Resolución 20383 de 2015, dispuso adoptar medidas preventivas en los términos de la ley 1740 de 2014, para el efecto del ordenó a la institución corregir o superar en el menor tiempo posible las irregularidades financieras que pongan en peligro el servicio público de educación entre muchas otras condiciones; decisión motivada en el hecho de que desde mayo del 2015 se aprecia la existencia de regularidades y deficiencias que inciden en la calidad de la prestación del servicio educativo dentro de las cuales estaba una grave situación financiera pues no se contaba con capacidad de pago de sus deudas a corto plazo tampoco con recursos suficientes para atender la operación normal de su funcionamiento, dicha resolución fue modificada con la que la 8019 de 2016, el Ministerio de educación no reformó ninguno de los hallazgos relacionados con la situación económica de la Institución educativa pero hizo algunas precisiones; en la resolución 35030 del 2 de abril de 2019, el mismo Ministerio debido a los nuevos hallazgos relacionados con el deficiente manejo financiero y la falta de pago de acreencias laborales entre otras muchas situaciones, se adoptaron medidas preventivas y medios de vigilancia especial, aunado a ello, y para el caso que nos ocupa se recomendó estructurar un plan financiero que le permitiera cumplir con los pagos laborales; de esta situación de la demandada dan cuenta también los testimonios de María Teresa Garzón y Hernando Ramírez, pues señalaron las medidas que adoptó el Ministerio de Educación que fueron las arriba indicadas e indicaron que se presentó una reducción significativa en el número de estudiantes y que existe un pasivo significativo frente a las acreencias laborales adeudadas por la institución; declaraciones que encuentran soporte en los Estados financieros del 2015 a 2018 aportados con la contestación y vistas del folio 264 a 340 del archivo 7 el expediente digital. Es necesario advertir que la mera circunstancia que un empleador se encuentra atravesando por grave a crisis económica no significa que este solo hecho justifique sustraerse del pago de las acreencias laborales, pues las

normas que regulan las relaciones empleadores y empleados son de orden público y de obligatorio cumplimiento por lo que no podrían ser soslayados los derechos bajo ninguna de estas argumentaciones y menos desconocidos por parte del empleador teniendo en cuenta que los derechos conculcados y reclamados por el actor revisten la calidad de ciertos e irrenunciables razones suficientes para desechar los argumentos planteados por la entidad demandada. Previo a abordar el estudio de las súplicas de la demanda procedemos a resolver la excepción de fondo denominada prescripción planteada por la demanda; para resolverse debe tenerse en cuenta que lo actuado dentro de los límites temporales señalado en las normas sustantivas y adjetivas, indican que la conducta omisiva derivan directamente en la pérdida de derechos que se reclaman para la prosperidad de la excepción propuesta, basta entonces con demostrar que el la acción desplegada por el demandante no se ejerció dentro del término concedido en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, la legislación laboral señala que las acciones emanadas de las leyes sociales prescriben en 3 años que se cuentan partir de la fecha en que se hace exigible la obligación; de las normas laborales referidas, es preciso señalar que existe una regulación especial para contar el término prescriptivo de los derechos laborales que se contabilizan al momento en que se concretan las prerrogativas a favor del trabajador con lo que el beneficiario cuenta con los 3 años para su reclamo, demostrar la existencia del vínculo, en tanto ha sido declarado que el contrato estuvo vigente del 1 de febrero al 15 de abril de 2018, se entiende que desde la última fecha empieza a contabilizarse los 3 años de prescripción del artículo 151 del CPTSS, es decir que el demandante contaba hasta el 15/04/2021 para presentar su demanda, lo que ocurrió pues como aparece en el archivo del expediente digital que el demandante presentó el 09/03/2021, teniendo en cuenta lo anterior dentro del informativo hay una prueba de interrupción de la prescripción en los términos del artículo 489 CST, pues conforme se extrae de folio 26 a 29 del archivo uno, el demandante presentó el derecho de petición reclamando el pago de las acreencias laborales el 14/08/2019, petición contestada por la institución educativa el 27 de agosto del mismo año, dada la anterior aclaración, se declara no probada la excepción. Procedemos entonces a pronunciarnos respecto de las pretensiones de la demanda de la siguiente manera: reclama el demandante lo primero el salario, porque no se le cancelaron los salarios durante la vigencia del vínculo, el demandado no ha demostrado su pago, por lo cual se le condenará a reconocer y pagar por concepto de salario del 1 de febrero al 15 de abril la suma de \$3.620.527.50, en cuanto al reconocimiento de cesantía, el artículo 249 del CST, consagra que el empleador está obligado a pagar a sus trabajadores un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción, el pago de intereses de las cesantías causadas respecto al tiempo que se liquida a razón de un 12% anual de conformidad con el artículo 99 numeral segundo de la Ley 50 del año 90; el empleador no demostró el pago de estos 2 conceptos por lo cual se le condenará a cancelar por cesantías por el año 2018, 75 días que corresponden a \$ 301,711 respecto a los intereses por el año 2018 por 75 días son \$7.543; en consecuencia la condena será por \$ 309,254 por cesantías e intereses causados durante la vigencia del contrato. Reclama también el demandante la prima de servicios, la empresa está obligada a pagar un mes de salario en 2 oportunidades es decir una quincena salarial por cada semestre esta es la prima que se paga a quienes trabajan en el semestre o proporción regulada en el artículo 306 del CST, el empleador no demuestra el pago por lo tanto se condenará a la Universidad Inca de Colombia a cancelar por prima de servicios la suma de \$301.711 por el periodo laborado según el cálculo proporcional, reclama también el demandante el pago de vacaciones; el artículo 186 del CST señala que quien ha prestado sus servicios durante un año tiene derecho a 15 días consecutivos de vacaciones, la de remuneración está señalada en el artículo 192 que durante el periodo de vacaciones entonces recibirá el salario que se esté vengando el día en que se empiezan a disfrutar y en el numeral segundo de la misma norma dice que cuando como en el caso presente el contrato termina sin que se hubiesen

disfrutado las vacaciones se compensan en dinero por año cumplido y proporción por fracción y en el numeral 3 expresa que para la compensación las vacaciones, se toma como base el último salario devengado por el trabajador; en cuanto a estos conceptos como no se demuestra el pago se le condenará a la Universidad Inca de Colombia a cancelar por vacaciones la suma de \$141,667, reclama el demandante también que se le condene a la demandada al pago del despido sin justa causa señalando que la Universidad Inca de Colombia debe pagar dicho rubro por terminación del contrato en forma unilateral por parte del trabajador e imputable al empleador y esto se denomina en la teoría de la acción laboral como despido indirecto recordándose que la Corte de vieja data ha señalado cuál es la característica del despido indirecto, es la iniciativa del trabajador de darlo por terminado pero por justa causa contemplada en la ley imputable al empleador; en este caso los hechos motivo de la terminación, deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo, artículo 7 del Decreto 35165 y estar contemplados como justas causas de terminación en el literal b del artículo 7 del decreto del 2351 del año 65, debiendo ser notificado con tanta oportunidad que no quede duda que la terminación obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos, es el trabajador quien exterioriza su voluntad encaminada a terminar el vínculo, por ello es quien corre con toda la contingencia de demostrar que su real voluntad está afectada por actos de su empleador tendientes a la dimisión del contrato y por lo tanto es el verdadero gestor de dicha finalización, caso en el cual se estará frente a una renuncia inducida o constreñida aunque su empleador incurrió en cualquiera de las causales de terminación del contrato señaladas en el literal B del artículo 7 mencionado. Es importante indicar que Corte en sentencia 13648 del 06/04/2001 recordó lo que de antaño ha adocinado esta corporación en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello mediante la figura del despido indirecto o auto despido le corresponde demostrar que si el despido obedece a los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador, pero si este último a su vez alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; si bien el código no define expresamente la figura del despido indirecto debemos tener en cuenta la característica que es el hecho de que el trabajador decide retirarse pero lo hace presionado por la conducta de su empleador por lo tanto es necesario que haya una actitud del empleador contraria a la buena fe y a sus obligaciones contractuales circunstancias que deben ser demostradas por el promotor del proceso ante la autoridad judicial; en el caso sub examine, no hay duda de que la finalización del vínculo, fue a instancias del demandante pues así aparece en el escrito de renuncia del 06/04/2018, folio 20 del archivo 1 del expediente digital en donde se exponen las razones para la finalización del vínculo y dentro de las cuales se menciona la falta de pago de salarios causados durante la vigencia del vínculo; así las cosas tenemos que la dimisión del demandante al cargo de docente surge por causa imputable a su empleador contemplada en los numerales 6 y 8 literal b artículo 62 pues cómo está demostrado la Universidad Incca se sustrajo del pago de los salarios causados durante todo el vínculo lo que demuestra el incumplimiento sistemático de las obligaciones legales, encontrado reunidos los presupuestos no hay duda que la terminación del contrato terminó por una causa imputable a la Universidad Incca de Colombia lo que nos conduce a un despido indirecto; en consecuencia la indemnización del despido la forma establecida en el numeral 3 del artículo 64 modificado por la ley 789 de 2002 equivale al valor de los salarios correspondientes al tiempo que le faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato de trabajo como quiera que se está ante un contrato termino fijo teniendo en cuenta lo anterior de acuerdo con el contrato obrante en el folio 409 el término inicialmente pactado fue hasta el 31/05/2018 por lo tanto al haberse finalizado el vínculo el 15 de abril del mismo anualidad del actor le corresponde 45 días de salario, así las cosas le corresponderá por indemnización por despido indirecto la suma de \$2,.172.316, 50 que será incluido en la condena a la Universidad Incca de Colombia. Pide el

demandante la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del código Sustantivo del trabajo por no pago de salario y prestaciones, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que ésta depende de la buena o mala fe del empleador que no se refleja en lo que se adeuda sino en la conducta que asume por eso se ha considerado que deben los operadores judiciales valorar la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo las obligaciones de su cargo lo cual debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos que se examinan, ha señalado la alta corporación que frente a las situaciones similares como las analizadas que no siempre una empresa se halla en estado de iliquidez o crisis económica esas son las circunstancias permiten exonerarla de la condena por la sanción moratoria porque aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar salarios, prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con los medios para prevenir ese riesgo sentencia 37943 del 03/05/2011 posición reiterada en sentencias como la SL 16884 de 2016 o la 3159 del 2019; concluye la Corte que se debe analizar la conducta omisiva para el caso concreto sin esquemas preestablecidos, el operador judicial debe analizar la conducta del empleador renuente al pago debido a la terminación del vínculo laboral para deducir los motivos serios y atendibles que lo exoneren de esa sanción moratoria; en nuestro caso, no observa el despacho que la demandada haya desplegado actuaciones que ameriten la imposición de esta sanción pues a pesar de haberse demostrado en el presente juicio que la institución educativa incumplió sus obligaciones como empleador lo cierto es que ello obedece a la crisis económica por la que atraviesa desde el año 2015 y que incluso se sigue presentando en la actualidad, si bien esta mera conducta no es demostrativa de la buena fe sí debemos tener en cuenta que una vez finalizada la relación laboral el actor elevó varios derechos de petición a su empleador los mismos fueron respondidos por la Universidad demandada en donde además de reconocer las obligaciones laborales que se encuentran a su cargo respecto al vínculo laboral que medió entre el actor para justificar sus dificultades económicas, adicionalmente la testigo María Teresa Garzón señaló al momento de rendir su declaración que la Universidad no sólo le adeudaba salarios y prestaciones a la aquí demandante sino esta situación se presentaba con más de 800 trabajadores de la institución, hecho que se suscitó con ocasión de la crisis financiera padecida y que fue conocida también y eso es muy importante resaltarlo por el demandante al momento de suscribir el contrato y por lo tanto incluso los trabajadores la Universidad intentó en varias oportunidades incluso en este mismo proceso hacer una fórmula para plantearle fórmulas conciliatorias que fueron rechazadas absolutamente por el trabajador, por lo anterior se deberá absolver a la demandada de esta pretensión. Sanción por no pago interés a las cesantías solicita el demandante el pago de dicho rubro, la ley 52 del año 75 señala una sanción consistente en el pago de una suma igual a los intereses a cargo del empleador moroso por lo tanto como no se acreditó el pago de estos intereses para el año 2018 se condena a la Universidad Incca de Colombia a pagar \$7,543 por sanción por no pago de los intereses de las cesantías. Indexación; Reclama el demandante el pago de la indexación, la Corte ha sido clara en su jurisprudencia expresando que con fundamento en los principios generales del derecho estima la viabilidad de actualizar una suma de dinero como solución jurídica tendiente a evitar el envilecimiento del valor de los créditos laborales no pagados al trabajador oportunamente por el empleador haciendo parte de este concepto aquellos casos en que la ley no se ha encargado de regular los perjuicios por dicho retardo o cuando los consagra la respectiva compensación, para estos no se otorga por encontrarse una razón justificada lo antes resaltado como he enunciado es lo que sucede en el caso presente, para los efectos y siguiendo las orientaciones descritas la legislación vigente aplicable al tema se procederá a efectuar la indexación o actualización correspondiente teniendo en cuenta el certificado respecto a la evaluación del IPC ocurrida en el año en que cada una de las prestaciones se causa cubriendo tal devaluación o actualización hasta el año mes y día en que el accionado

deudor realice el pago de las acreencias que han sido objeto de condena en la presente providencia; actualización que se procederá a efectuar haciendo las operaciones matemáticas es decir multiplicando la indexación o cálculo de la misma con base en la variación del IPC según certificado expedido por el Dane, no la liquidamos en concreto porque es innecesario como quiera que se debe liquidar al momento en que se efectúe el pago pues el transcurso del tiempo cambiará las sumas por los movimientos macroeconómicos del costo de vida además es innecesaria porque si se hiciera la fecha truncaría el derecho del demandante que es a futuro y que si bien se podrá realizar esta liquidación al momento de pagar o el operador judicial al momento de liquidar el crédito en consideración a los parámetros definidos en esta sentencia. En cuanto a la solicitud de pago aportes a Seguridad Social que pretende el demandante en salud y pensiones causados durante la vigencia del vínculo laboral la parte demandada señala que en vigencia del contrato de trabajo efectuó el pago de los aportes de Seguridad Social para el efecto se advierte que en el folio 410 del archivo 7 del expediente digital obra informe histórico resumido el cual da cuenta que la Universidad efectuaba aportes por la Seguridad Social del demandante advertimos que dicho documento no fue tachado de falso ni desconocido por el actor por lo tanto tiene pleno valor probatorio y se absolverá a la institución demandada por esta pretensión. Por las resultas del proceso se declaran probadas las excepciones denominadas pago frente a los aportes a Seguridad Social buena fe y no probadas las demás conforme a lo expuesto en la parte presente. **Si van a apelar, recuerden ustedes por favor señores apoderados que el artículo 66 del CPTSS señala que la apelación en esta instancia debe quedar fundamentada para que proceda el recurso de apelación; sin embargo dice la norma es clara en indicar que debe ser en lo estrictamente necesario, es decir señalando los temas temáticas porque en el Tribunal de acuerdo con el Decreto 806 y el principio de consonancia, se les van a dar 5 días para que ustedes enfilen todos sus argumentaciones jurídicas que jurisprudenciales y demás argumentaciones de toda índole que quieran incluir en el escrito que no tiene límite de extensión en los 5 días que le van a conceder en el Tribunal Superior de Bogotá, por ello, les concederé 5 minutos que inclusive de acuerdo con las normas que hemos reseñado son muchísimo más que suficientes para dejar indicados las temáticas sobre las que van a apelar....”**

Inconformes con la decisión las apoderadas de las partes interponen recurso de apelación manifestando

Parte demandante:

“Básicamente presentó recurso de apelación en relación con la decisión que adoptada su despacho de no condenar a la parte demandante al pago de la indemnización moratoria el recurso que aquí interpongo se fundamenta básicamente en que quedó plenamente demostrado en el transcurso del proceso que la Universidad para el momento de la contratación del señor Cardoso conocía de antemano la situación, sabía de la crisis financiera por la que estaba pasando y sabía y conocía la imposibilidad de pago de los salarios y acreencias laborales a los cuales se obligó en su momento adicional, no existe prueba dentro del proceso de que el trabajador en el momento de la contratación fue informado sobre la imposibilidad del pago de acreencias laborales muy seguramente y recurriendo a la lógica señor juez, de haber sido así al trabajador no hubiese decidido contratar pues ningún trabajador toma la decisión de vender su fuerza laboral sin esperar retribución que satisfaga sus necesidades laborales, entonces es precisamente soportado en eso y en las

sentencias en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al tema en la que establece que la mera situación de insolvencia del empleador no prueba su buena fe, me permito presentar el recurso apelación teniendo en cuenta que aquí la Universidad Incca de Colombia actuó de mala fe en el momento de la contratación sabiendo que no estaba en imposibilidad de pago de acreencias laborales y aun así no solo contrato sino continuó la relación laboral y en el momento de que se generó la obligación del pago del primer salario no hizo presencia frente al trabajador para manifestarle los motivos por los cuales se encontraba imposibilitada incluso desde el pago de la primera acreencia laboral....”

Parte demandada:

“En relación con la indemnización del despido indirecto en el presente caso no es procedente como quiera que durante los extremos temporales mi representada se encontraba imposibilitada materialmente para efectuar el pago de sus honorarios sin que esto pueda llegar a interpretarse como un acto de mala fe pues mi representada no ha desconocido sus obligaciones con el señor Luis Alberto, solicito tener en cuenta dentro de este recurso que en el año 2018 se tenía una gran expectativa para que la Universidad pudiera salir adelante con su crisis pero desafortunadamente sucedió lo contrario que fue en el año 2018 fecha en la que laboró el señor Luis Alberto que se agravó esta crisis financiera ya que hubo una gran deserción de estudiantes y un debilitamiento de la marca; en este orden de ideas solicito tener en cuenta que la renuncia del señor demandante fue una renuncia libre y voluntaria sin que esto se pueda interpretar que se vio obligado o motivado a realizarlo adicional a esta solicitud se tenga en cuenta que la Universidad al ser una Fundación universitaria está imposibilitada para acogerse a una ley de insolvencia empresarial o cualquier proceso de liquidación judicial, pues las actividades que se desarrollan son sin ánimo de lucro es así que entonces la Universidad tiene que acogerse al plan de reestructuración del Ministerio de Educación Nacional para ir solventando todos estos pasivos laborales....”

CONSIDERACIONES

Previo a resolver la Sala hará algunas precisiones, **haciendo nuevamente un llamado a los jueces para que no se induzca a error a las partes,** toda vez que la sustentación del recurso, **en materia laboral se encuentra regulado en el artículo 66 del C P del T y de la S S y el Tribunal debe resolverlo según lo establecido en el art 66 A del mismo ordenamiento, sin que estas normas hayan sido modificadas, adicionadas o derogadas por el D 806 de 2020 y sin que tampoco deba acudirse a normas del C G P, toda vez que existe regulación expresa en nuestro ordenamiento procesal.**

Vale recordar que mediante sentencia C-493 de 2016, se declaró exequible la expresión **“en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria”** contenida en el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el artículo 66 del Código de Procedimiento del T y de la SS, luego la sustentación del recurso en materia laboral no hay duda, debe realizarse en ese momento y solo podrá el Tribunal resolver los puntos allí planteados, esto , se itera, antes y después de la expedición del D 806 de 2020, que en nada modificó la norma.

En dicha sentencia destacó la Corte constitucional; como debe entenderse, el concepto de sustentación estrictamente necesaria y señaló:

*“... Por todo lo expuesto, la Sala Plena encuentra que la configuración adoptada por el legislador en el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, resulta compatible con la oralidad como eje rector del proceso judicial laboral ordinario, sin dilaciones injustificadas, **con la garantía de ser oído durante un tiempo prudencial** y hacer valer sus propias razones y argumentos en una segunda instancia, sin que de otra parte, represente un quebrantamiento al derecho a conocer, controvertir las pruebas, e intervenir en su formación, intereses estos que son protegidos, en esencia, mediante los principios de consonancia y congruencia. **Razón por la cual, el juez de la primera instancia de la jurisdicción ordinaria laboral en el marco de lo "estrictamente necesario" deberá conceder un tiempo prudencial acorde con la densidad del fallo para que los recurrentes sustenten adecuadamente los cargos materia de apelación,** y ante la imposibilidad de reproducir el audio de la sentencia, deberá repetir literalmente las consideraciones de la sentencia que sean base de la alzada, para permitir que la inconformidad jurídica o fáctica sobre la ley aplicable o la valoración probatoria se materialice sobre bases sólidas de conocimiento y comprensión del fallo a recurrir....”*

Lo anterior concuerda con lo establecido en el art 48 del citado ordenamiento procesal laboral, modificado también por la la ley 1149 de 2007 art 7, el cual impone al Juez como director del proceso el deber de asumir la dirección del mismo, **adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes**, desde luego quizás unos de los más importantes el de la defensa.

Vale decir que prudencial, según la RAE significa “que es moderado y **suficiente**” y como dice la Corte Constitucional, acorde con la densidad del fallo; luego una sentencia que resuelve varios aspectos y se desarrolla en una extensa argumentación, no puede ser limitada en el recurso en contravía de lo expuesto.

Conviene también recordar que lo único que dispuso el D 806 de 2020, es que el Tribunal concede un termino para **alegaciones de instancia**, lo que parece confundir el Juez con sustentación, informándolo así a las partes, lo que se itera, induce al error, **al punto que en este caso; una de las apoderadas,**

presenta una sustentación escrita; la que desde luego y desde ya advierte la Sala, no puede ser tenida en cuenta dado el principio de oralidad que rige en materia laboral.

Al respecto y como una última precisión antes de resolver los recursos, se itera, en estricto cumplimiento del art 66 A del C P del T y de la S S, la Sala trae a colación lo ya suficientemente aclarado por la C S J, en cuanto a lo que debe entenderse por una alegación de instancia, a fin de hacer claridad sobre el tema.

Señaló la Corte en sentencia SL9518 Rad 40501 de 22 de julio de 2015:

“(…)

De igual forma, la Sala debe advertir que no pudo incurrir el ad quem en un error probatorio trascendente respecto de los escritos de los alegatos de conclusión presentados ante los jueces de instancia, obrantes a folios 291- 293 y 312-313, por cuanto, además de que en ellos no existe una inconformidad expresa sobre la actualización de las mesadas pensionales debidas y no pagadas, es claro que la censura no puede pretender que los argumentos planteados en dichos alegatos subsanen de alguna manera cualquier posible deficiencia existente en el recurso de apelación, pues el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. limita el pronunciamiento de segundo grado a los temas planteados en la apelación, no aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, tal como aduce el censor referentes a los alegatos presentados antes de emitirse sentencia de fondo....”

Esta sentencia es reiterada en sentencia SL3144 Rad 83956 de 9 de junio de 2021; - si alguna duda ofreciera la aplicación de la anterior dada la expedición del D 806 de 2020- ; en donde se señala:

“(…)

En todo caso, no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las prueba producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de “apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en los mismos no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones incluyen el desarrollo de los argumentos expuestos ante el Juez de primera instancia” (CSJ SL 4397-2015 y CSJ SL 2136-2014)

De ahí la importancia de garantizar al recurrente, el derecho a sustentar en debida forma, por cuanto las alegaciones de instancia como bien señala la Corte solo sirven de apoyo a los argumentos planteados en primera instancia; precisiones que una vez más hace esta Sala en aras de una correcta administración de justicia.

Determinado lo anterior, **la Sala resuelve los recursos comenzando por razones de método por el de la parte demandada, en su único punto de reproche, esto es la condena al pago de indemnización por el denominado despido indirecto.**

Aduce la recurrente que la renuncia del demandante fue libre y voluntaria y que debe tenerse en cuenta la crisis financiera, lo que le impedía hacer los pagos, actuando de buena fe; unido a que por ser una institución sin ánimo de lucro no puede sujetarse a proceso de insolvencia o liquidación judicial.

Al respecto, vale decir que para que la renuncia pueda tenerse como una verdadera y auténtica decisión de terminar el contrato, debe obedecer a un espontáneo acto de la voluntad y en ese caso será una renuncia, se itera pura y simple, lo que desde luego no genera reparación alguna.

Sin embargo, existe otro tipo de renuncia o de decisión unilateral de trabajador de dar por terminado el vínculo, que se diferencia de la pura y simple porque en ella se invoca una justa causa atribuible al empleador y es lo que se conoce de vieja data como **despido indirecto; que desde ya advierte la Sala fue lo que sucedió en este caso, contrario a los sostenido por la recurrente quien indica que fue libre y voluntaria entendiendo la Sala que lo fue así, sin vicio del consentimiento, lo que si bien puede ser cierto, no resta que sea producto de la existencia de una justa causa atribuible al empleador.**

Lo ha señalado la CSJ de vieja data; por ejemplo, en Sent de oct 23 de 1995 Rad 7782 en la que esa Corporación precisó:

“ ... debe la Corte advertir que del vicio del consentimiento en el acto de la dimisión no deriva el despido indirecto; este último se presenta cuando el trabajador acredita que se vio compelido a renunciar por una de las justas causas que establece el literal b) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 y que así lo manifestó en el momento de la terminación del contrato de trabajo; sus efectos jurídicos son los mismo del despido sin justa causa....”

Descendiendo al caso específico que hoy nos ocupa, encuentra la Sala que el argumento de la recurrente al respecto luce equivocado, toda vez que en este caso si existió una renuncia motivada, no una pura y simple y ello se acredita con la comunicación dirigida a Recursos Humanos de la demandada con fecha 6 de abril de 2018, en la que comunica su decisión de renunciar a partir del 15 de abril de ese año, y en cuyo inciso segundo se lee: “ ***El motivo de mi renuncia se debe al incumplimiento en los pagos de mis honorarios que me adeudan, desde el 1 de febrero de (sic) presente año hasta la fecha de mi renuncia***”

Resulta entonces, claro que lo único a probar por parte del actor, era que efectivamente el empleador estaba incumpliendo con una de sus especiales y principales obligaciones; esto es de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 numeral 4 del CST: “Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos”; lo que en este caso está absolutamente acreditado, esto es la falta de pago de salarios, que adujo la demandada obedecía a crisis financiera, que dicho sea de paso y desde ya no podría exonerarlo de remunerar un servicio que recibe aún en la crisis; sin que además tenga ninguna incidencia la buena o mala fe en este caso y para esta indemnización, pues así no lo contempla ni la ley ni la jurisprudencia.

Por tanto, se impone confirmar la sentencia, en cuando condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa, aclarando que en el denominado despido indirecto; (esto es renuncia con causa atribuible al empleador); este es el efecto jurídico que se genera.

Resuelto el recurso de la demandada se resuelve el de la parte actora, anunciado desde ya que le asiste razón a la recurrente por lo que la sentencia en este punto será revocada. Veamos las razones.

Aseguró la demandada desde el juicio que la omisión el pago fue por la crisis económica y el Juez argumentó que en verdad y hasta ahora existe crisis en la universidad; razón por la cual no ha pagado no solo al actor sino a más de 800 trabajadores, situación que incluso fue conocida por el demandante antes de firmar el contrato.

Al respecto y como acertadamente señala la recurrente, no pasa ser una simple afirmación carente de todo respaldo probatorio, señalar que el actor conocía antes de suscribir el contrato, que por crisis financiera no se lo iban a a

remunerar; como señala la recurrente no existe ni una sola prueba que así lo acredite; siendo también acertado indicar como lo hace la recurrente, se itera, que ello riñe hasta con la lógica, nadie a menos se insiste estuviera acreditado que no; acepta prestar servicios, sabiendo que no se los van a remunerar; luego este argumento para exonerar de la sanción es inadmisibile.

Ahora que la Universidad no puede acogerse a ningún proceso de insolvencia o liquidación; a más dicho sea de paso no fue argumento para no seguir contratando en esas condiciones; no es un argumento suficiente para que se acredite buena fe capaz de exonerarlo de la indemnización moratoria. Al respecto la Sala cree necesario recordar, que de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales, respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que: i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer;** ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** iii) **puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y;** iv) **en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En ese orden, para exonerar a la demandada de esta sanción, era necesario que demostrara, **que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe.**

Y es que, en cuanto a la crisis económica, que fue la defensa de la demandada y que el Juez encontró acreditada; de vieja data la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los

riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

Claro resulta entonces que además de afirmar que está en crisis, **la demandada debía probar que esa iliquidez era resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa, (con o sin ánimo de lucro); que no debe asumir el trabajador, y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma. Por el contrario, reitera la Corte, se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para, solucionarla,** excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador.

Se equivocó el Juez en este caso, incluso porque ni siquiera se analizó si la aludida crisis, podía evitarse de alguna manera y sin con el señalamiento de condiciones de carácter administrativo y financiero pudiese la institución corregir o solucionar en el menor tiempo deficiencias de esa naturaleza, llámese

implementación de políticas de austeridad en el gasto, u otras que en aras de solucionar deficiencias financieras, logran no solo el desarrollo de la actividad, sino el cumplimiento de todas sus obligaciones incluidas los créditos laborales; que son de primer orden.

Por manera que, se itera, de manera alguna puede admitirse como argumento o justificación de no pago, la crisis financiera, porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas, razón por la que se REVOCARÁ el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar condenar a la demandada, a pagar al demandante LUIS ALBERTO CARDOZO un día de salario desde el 15 de abril de 2018 y hasta por 24 meses. A partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta que verifique el pago; de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del CST.**

Se modificará también el numeral tercero de la sentencia apelada; solo en cuanto **DECLARÓ** probada la excepción de buena fe.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada para en su lugar **CONDENAR** a la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** a pagar al demandante **LUIS ALBERTO CARDOZO** un día de salario desde el 15 de abril de 2018 y hasta por 24 meses. A partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta que verifique el pago; de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del CST.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada el cual quedará así: **DECLARAR** probada la excepción denominada pago frente a los aportes a seguridad social y no probadas las demás.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA MILENA CASTELLANOS
CASTELLANOS VS QUIMIOLAB SAS RAD 31-2019-811**

Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022)

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **GUILLERMO ALBERTO BAQUERO GUZMÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.200.200 y tarjeta profesional No. 171.085 del C.S de la J como apoderado principal de la demandante, para los fines del poder de sustitución conferido.

ALEGACIONES

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

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

SENTENCIA

La señora **SANDRA MILENA CASTELLANOS CASTELLANOS** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de QUIMIOLAB SAS, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió contrato a término indefinido, que se inició el 20 de enero de 2018 y que terminó el 12 de agosto

de 2019, por renuncia motivada, que el cargo era de directora comercial, con un salario inicial de \$5.500.000, a favor del trabajador, que se pactó salario variable por comisiones, que no hubo pacto de desalarización, que el último salario pagado fue de \$3.000.000, que no le pagaron comisiones en forma completa, que le dieron unilateralmente una licencia. En consecuencia solicita el pago de auxilios de ley de rodamiento reliquidación teniendo en cuenta un salario realmente devengado equivalente a \$6.000.000, en 2018 y \$7.400.000, en 2019, al pago de comisiones, reliquidación de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, reintegro de descuentos, sanción por no pago de intereses a las cesantías, sanción moratoria del art 99 de la ley 50 de 1990, del art 65 del C S T, reliquidación de aportes, indemnización por despido injusto, indexación, daños morales y perjuicios, extra y ultra petita y costas. (fls 1 al 37).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que ingresó a laborar el 20 de marzo de 2018, en el cargo y con el salario antes señalado, que se pactó el pago de comisiones y auxilios, que las comisiones se pactaron por cumplimiento de metas, que en el contrato no hubo pacto sobre el carácter no salarial de algunos conceptos, que el 23 de julio de 2018 se presentaron unas modificaciones al contrato que la actora se negó a firmar considerando que había desmejora, que la empresa desde el mes de agosto de 2018, incumplió con el pago de salarios lo que se sostuvo hasta la finalización del contrato, que de igual forma incumplió con el pago de prestaciones, aportes y vacaciones, que el 6 de julio de 2018, la actora informó de manera verbal, su estado de embarazo, que dada su edad 39 años era un embarazo de alto riesgo, que el 27 de julio de 2018 tuvo un episodio médico grave ante la presión del empleador, que tuvo incapacidad desde el 27 de julio de 2018, hasta el 31 del mismo mes y año, que al regresó encontró que habían registrado sus cosas, que el 1 de agosto de 2018, le informaron que tenía prohibido sacar de la oficina el computador, que el 6 de agosto le prohibieron entrar a reuniones con celular o comida, que ante constante acoso y presión tuvo incapacidad del 13 al 17, que desde noviembre de 2018, la empresa dispuso que la actora no tuviera contacto con los clientes, que radicó queja por acoso el 23 de agosto de 2018, que nuevamente la demandante estuvo incapacitada desde el 7 hasta el 16 de septiembre de 2018, que el 13 de septiembre le prorrogaron la incapacidad, que el 2 de octubre, que el 7 de febrero de 2019, nació su hijo, que en la

licencia no pagaron completo su salario, que le concedieron vacaciones, incumpliendo el término establecido en la ley, que interpuso tutela la cual fue fallada el 11 de junio de 2019, tutelando sus derechos fallo confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de julio de 2019, que el 17 de junio la empresa dio una licencia en los términos del art 140 del C S T, que el 10 de agosto de 2019, la demandante presenta renuncia motivada, que la empresa no quiso recibir la renuncia y terminó el 12 de agosto de 2019, el contrato de manera unilateral y sin justa causa, que el 21 de agosto de 2019, la empresa hace un pago por consignación. (Fls 1 a 37).

La demandada, contestó la demanda aceptando la existencia del contrato y asegurando que terminó sin justa causa mediante el pago de indemnización, que el salario fue de \$3.000.000, más comisiones y auxilios no constitutivos de salario, según si se pactó en la cláusula quinta del contrato de trabajo denominado formato de novedades del trabajador, en ese orden se opuso a las pretensiones de condena, asegurando haber cancelado lo adeudado. En cuanto a los hechos y concordancia a su respuesta a las pretensiones, aceptó los relativos al contrato, no al salario devengado, dado que aseguró si hubo pacto de no salario sobre los auxilios otorgados, incluido el denominado ley 1393, dijo haber pagado las comisiones, y aseguró que no existió acoso sino situaciones normales de las relaciones de trabajo, que solo pidió se transcribieran incapacidades, señaló que la tutela presentada no fue en contra de la empresa. Propuso las excepciones de prescripción, pago y cumplimiento, inexistencia de daños morales, buena fe (CD aportado visible a folio 299).

Tramitada la primera instancia, la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por la que resolvió DECLARAR que entre la demandante y la empresa QUIMIOLAB SAS, existió contrato de trabajo desde el 20 de marzo de 2018 y hasta el 12 de agosto de 2019. CONDENÓ a la demandada a pagar indemnización por despido injusto, auxilios de ley 1393 de 2010, reliquidación de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones y sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, del art 65 e intereses moratorios; todo ello en 13 numeral, condenó en costas y absolvió de las demás pretensiones. (Fls 298 y SS),

Para llegar a esa conclusión la juez en síntesis señaló: "...Se refirió a los artículos 22, 23 del C S T y dijo que esta aceptado la existencia del contrato que se formalizó con un documento formato de novedad y el cargo fue de directora comercial, que a folios 39 y siguientes aparece el formato novedad del trabajador con fecha de ingreso marzo 20 de 2018, el cual cita en cuanto al salario, que a folio 167 aparece certificación laboral la cual lee; concluyendo en la existencia de un contrato de trabajo desde el 20 de marzo de 2018 y hasta el 12 de agosto de 2019, contrato a término indefinido. En cuanto a la causa de terminación del contrato, citó sentencias de la Corte que datan de 1977, sobre el deber del trabajador de probar la terminación del contrato y de la demandada probar la justa causa. En este caso la parte actora afirma que renunció de forma motivada mientras que la demandada niega tal circunstancia. Afirma que al revisar las pruebas, aparece a folios 169 una respuesta a la renuncia motivada que se dice extemporánea, lee el documento y concluye que según el parágrafo del art 62 del CST, sobre el deber de informar la causa de terminación, y resaltando que son dos formas, la del empleador y las que se conoce como despido indirecto, esto es la del trabajador con causa atribuible al empleador, indicando que las consecuencias de las dos son idénticas, pues remite a la tabla indemnizatoria del art 64 del C S T, indemnización tarifada, por lo que conforme a la documental citada es la demandada quien dio por terminado el contrato sin justa causa, siendo su deber indemnizar. Revisados los documentos encontró es que en la carta dice que le notificaron la terminación a las 7:40 am a folio 173 aparece comunicación de entrega de herramienta de trabajo y dice hora 7:30 am no reciben. Igualmente señala que aparece a folio 176 un envió y dice que el envió fue el 12 de agosto a las 8 am, por lo que en este caso indistintamente de quien tomó la decisión de dar por terminado el contrato primero, la consecuencia es idéntica y de las pruebas lo que se ve es que fue primero la notificación del contrato sin justa causa y posteriormente ella remitió la renuncia. En ese orden como el empleador fue quien terminó el contrato debe pagar lo que ordena el art 64 del C S T, que para el caso de los contratos a término indefinido son 30 días por el primer año y 20 por cada año luego la indemnización serían 37,8 días de salario. Luego se refiere al pago de perjuicios morales solicitados, cita sentencias de la Corte en donde se acepta este pago siempre que se prueben perjuicios superiores, (sent de Dic12 de1996 Rad N°8533y otras posteriores en igual sentido). No obstante, en este caso así procedan no están probados no hay prueba alguna de ellos por lo que se impone absolver de los mismos. En cuanto a los auxilios señaló que el art 127 define el salario, el art. 128 enuncia cuales no lo son, lee el artículo y concluye que es posible establecer causas de exclusión salarial como lo ha dicho también la jurisprudencia, pero esa cláusula no puede desnaturalizar el salario, si son pagos que retribuyen directamente el servicio son salario. Frente a las comisiones la jurisprudencia ha dicho que independientemente de la denominación que se le dé son salario. (cita sentencias). Agrega que los pactos de exclusión bien podrían ser verbales siempre que se acrediten o prueben y en este caso con las pruebas se concluye que no hay documento firmando por la trabajadora en donde se acepte la existencia de exclusión salarial, aparentemente si se remitieron esos documentos pero que la trabajadora no los aceptó y tampoco esta acreditado que se haya hecho ese pacto por otro medio, en consecuencia, todos los conceptos recibidos por la demandante son salario. Dice que en el documento de folio 39 se establece el salario básico y conceptos, lo cita nuevamente se refiere a la certificación de 4 de junio de 2018, a folio 167 dice aparece una certificación que describe otra cifra, y de acuerdo con ella es claro que la demandada no canceló el auxilio 1393 y el

de rodamiento que eran conceptos fijos que debía pagar mensualmente, por lo que condena al pago del auxilio ley 1393 por cuanto esta probado con la certificación visible a folio 41 y con el folio 39 que el empleador cuando suscribió el contrato estableció un monto adicional de \$1000.000, lo que además revisando los desprendibles de nómina refleja que a partir de septiembre de 2018, la parte demandada no cancela el auxilio de ley 1393 y ese pago debía hacerse independientemente de la prestación de servicio, era ajeno a que la trabajadora se encontrara incapacitada, como quiera que en el formato novedad de trabajador y en la certificación se determinó que era salario y no existía clausula de exclusión salarial, por lo que condenó por este concepto. En cuanto al auxilio de rodamiento que dijo se asimila al de transporte, dijo que con las pruebas aportadas es claro que los primeros meses se le canceló, pero a partir de las incapacidades no, como no prestó el servicio este auxilio no es procedente, pues se asimila al de transporte el cual no disfrutaba la actora, por el monto salarial. En cuanto al monto denominado variables señaló que como ya había expresado este constituía salario, no obstante, la documental de folio 41, en concordancia con la de fl 39, el auxilio ley 1393 es el mismo denominado variable y como ya hubo condena no puede condenarse dos veces por el mismo concepto. En cuanto a la reliquidación de las prestaciones, la demandada no aportó prueba del pago ni siquiera lo que creyó deber se atuvo a lo aportado por la demandante, por ello resulta imposible determinar la condena, solo puede dar las bases o las cifras para que se imponga la condena. Con los desprendibles de nomina puede determinarse lo que la demandante devengó en los años 2018 y 2019, señala las cifras y ordena la reliquidación con una cifra concreta que extrajo de los desprendibles de nómina, realiza las operaciones según los salarios y autoriza al empleador el descuento de lo pagado, aclara que no esta declarando probada compensación alguna, ya que no fue propuesta y solo se atiende a los hechos de la demanda en donde se pide reliquidación. En cuanto a las sanciones moratorias, indicó que no procede de manera automática cita las sentencias al respecto, así como a cargo de quien esta probar la buena fe, esto es el empleador, e indica que no hay ninguna justificación para que el empleador haya omitido los pagos de los auxilios, ni por qué razón no liquidó con todos los factores, e impuso las condenas por la sanción moratoria del arto 99 de la ley 50 de 1990, así como la del art 65 del CST, reiterando que aunque se dice que hubo un pago por consignación la parte demandada no lo aportó, no se sabe que pagó. En cuanto a la indemnización la liquidó con todo el salario. Condenó en costas...”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, manifestando en síntesis que: “... *sin perjuicio de los argumentos que presentaré en segunda instancia*; las decisiones judiciales deben fundamentarse en las prueba legalmente aportadas y no sobre suposiciones si hay deficiencia probatoria debió reabrir el debate y no hacer suposiciones y condenar a unas sumas y autorizar un descuento de lo que no aparece en el expediente, no se pueden así establecer diferencias. En cuanto a la existencia del contrato en materia laboral existe el tácito consentimiento y la sentencia T 122 de 2017 indica que nadie puede alegar su propia culpa que es lo que alega la señora, aporta los contratos que recibió, pero que no los firmó pero no dice porque no los firmó aparentemente porque no estaba de acuerdo con el salario, pero nada dijo de la cláusula de desalarización, la sentencia que citó la Juez dice que puede haber un tácito muto acuerdo sobre la desalarización y aplicando esa sentencia hubo un acuerdo tácito y eso es lo que indica el folio 39 formato de

*novedad en donde se explicó, **la fórmula propuesta por la empresa**, ahí se explica como era la remuneración y si ella empezó a laborar y jamás reclamó si eso era salario durante la vigencia mal puede venir a alegar su propia culpa, si ella aceptó ese formato, esa novedad no puede venir a decir que no suscribió desalarización. En cuanto a las sanciones moratoria demuestra la buena fe del empleador y tanto es así que en la condena solo se liquida con el fijo no incluyendo el variable.*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resolverá el recurso, precisando que solo puede esta corporación resolver los puntos sustentados en forma oral en la audiencia de juzgamiento dado que ningún otro argumento puede presentarse en esta; pues las alegaciones de instancia solo pueden dar apoyo a lo sustentación.

En ese orden tres las inconformidades que resuelve la Sala son: i) Los fallos deben sustentarse en pruebas y no en suposiciones, ii) Bajo el principio laboral del tácito consentimiento, está acreditado que, con la fórmula de la empresa, - formato de novedad- se pactó la desalarización de algunos conceptos, formula que sí conoció la actora y iii) Esta fórmula prueba la buena fe, tanto así que se liquidó con el básico la sanción moratoria.

i) De las pruebas

Cierto es y en eso le asiste razón al recurrente, que las decisiones judiciales den estar sustentadas en las pruebas. No obstante, lo que no lo es, es que la decisión de la Juez se sustente en suposiciones, toda vez que por el contrario su análisis fue acertado y apoyado no solo en el análisis de la carga de la prueba, argumento que se ignora en el recurso, sino también en las pretensiones; con el único fin de administrar correcta justicia e incluso haciendo primar el derecho sustancial en beneficio incluso de quien recurre.

En ese orden, conviene recordar que, al afirmar la parte actora en los hechos de la demanda, que la sociedad demandada, **no le pagó en forma completa los salarios, prestaciones, vacaciones, aportes, es decir al hacer esta**

negación indefinida, - que desde luego no tenía que probar-, le correspondía a la demandada probar que si lo hizo.

Sin embargo, la demandada, no solo no probó que pagó en debida forma; y tal y como señaló la Juez lo que en el juicio sucedió, **es que no aportó prueba alguna tan siquiera del pago que la Juez llamó deficitario** ante la afirmación de la demandante de haber recibido una suma incorrecta. Ante esa circunstancia incluso bien pudo condenarse al pago de los derechos derivados del contrato en forma completa, ya que no puede olvidarse el CST, consagra derechos mínimos y garantías del trabajador, normas de orden público irrenunciables, dicho sea de paso; imposibles de desconocer, más cuando como en este caso no se negó la existencia del contrato ni sus extremos.

Por el contrario, la Juez, analizando las pretensiones y así lo aclaró en su sentencia, sin declarar tampoco probada compensación alguna; excepción que no fue propuesta por la demandada, cuando debe serlo para su declaración; -lo que también preciso-; autorizó el descuento de lo pagado, pues lo que si hizo y eso no lo cuestiona el recurrente, fue determinar el salario y eso no justamente apoyada en suposiciones, sino en documental legalmente aportada, esto se itera, en beneficio de la demandada, evitando un enriquecimiento sin causa justa, lo que sucedería de proceder a una condena en forma completa, por no cumplir la parte demandada con su deber de acreditar lo que está a su cargo; luego es inadmisibile que se indique que se debió reabrir el debate probatorio, pues no puede el Juez suplir las cargas procesales de las partes.

En consecuencia, la sentencia será confirmada, pues el argumento de la demandada no tiene la fuerza para quebrar la providencia apelada.

ii) Del pacto tácito de exclusión salarial

Sea lo primero precisar que fue la ley 50 de 1990, la que en su artículo 15, al modificar el artículo 128 del CST, permitió que pagos que son salario, **como auxilios habituales que retribuyen el servicio y que según el artículo 127 del mismo ordenamiento sin duda son salario; no lo sean; cuando las partes lo hayan dispuesto expresamente así.**

De manera que fue la misma ley, muy poco afortunada en su redacción, por lo que ha tenido que ser objeto de aclaración vía jurisprudencia; la que dispuso; que semejante consecuencia, esto es que pagos salariales sean excluidos para efecto de liquidación de prestaciones y en general de derechos laborales, -recuérdese y se itera normas de orden público y mínimo de derechos y garantías en favor de la parte débil a quien protegen esto al trabajador-; deba ser pactada por las partes **expresamente, luego el consentimiento tácito que invoca el recurrente se opone a la ley y por tanto no es propio para este acuerdo, el cual solo puede ser probado con el acuerdo de voluntades en tal sentido.**

Esta parte de la norma fue declarada exequible mediante sentencia C 521 de 1995 en la que se rememoran las sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre su verdadero y real entendimiento, que, de vieja data, desde la expedición de la misma ley aclaró. Allí se señaló:

“... En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no se salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de computo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer....” (Sentencia de Rad 5481 MP Hugo Suescun Pujols de febrero 12 de 1993)

Y precisó la Corte en esa providencia, además:

“..El legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones. Lo que no puede hacerse

lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo.”

Precisa la Sala una vez más, que el pacto debe entonces ser expreso, lo que no necesariamente implique que deba constar por escrito o que esto sea la única prueba para acreditar que existió, es decir si por cualquier medio se prueba, que en verdad se convino por las partes, que determinados auxilios habituales no se incluirían como factor salarial, este acuerdo así acreditado es válido. Lo que si es inadmisibles, es pretender; que cuando no hay pacto cuando solo una de las partes ofrece y la otra no acepta, o porque no suscribe el acuerdo, o porque por el contrario afirma que no lo aceptó y la otra no demuestra que así fue; entonces haya acuerdo tácito; pues justamente lo que se demuestra con la negativa es que nunca existió y tampoco por el hecho de no reclamarlo en vigencia del contrato se transforma en cláusula contractual.

No sobra agregar que la Corte Suprema de Justicia así lo ha venido explicando y basta para ello citar la sentencia SL 1798 de mayo 16 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se expresó:

“(…)

*En este punto, juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto **expresamente** que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (art. 128 CST).*

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia

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

Efectivamente entonces y dado la definición de la palabra en sí; expreso, es aquello que se ha dicho de forma clara y abierta, sin insinuar ni dar nada por sabido o conocido; luego claro resulta que el formato de novedades o ingreso de novedad del trabajador, visible a folio 39, no contiene pacto alguno de exclusión, allí solo se describen los componentes de la suma de \$3.000.000 a devengar por la demandante, \$ ley 1393 de 2010 \$2000.000 de marzo a mayo, \$1000.000 a partir de , \$500.000 de auxilio de rodamiento, comisiones por venta y por recaudo y un variable por cumplimiento de todo lo relacionado con la parte comercial, sin que se excluya item, alguno para efectos de liquidación; luego no entiende la Sala de donde puede provenir el pacto menos aún la aceptación expresa como exige la ley, cuando claro también resulta que la demandante nunca suscribió el otro si visible a folio 52 en donde si se excluían, por acuerdo, esos conceptos para efectos de liquidación, con fecha julio de 2018, esto es cuatro meses después al ingreso; luego no es cierto que en esa novedad o reporte del mes de marzo fecha de inicio del contrato, se haya tan siquiera insinuado, menos explicado la exclusión, como se asegura en el recurso.

Ahora no sobra agregar que si bien es cierto decisiones constitucionales; - que dicho sea de paso, cuando son sentencias T, solo tienen efectos Inter partes-, pueden referirse a aceptaciones tacitas de algunos aspectos laborales; -incluso sentencias del organismo de cierre también las han descrito, a titulo de ejemplo la desafiliación tácita al sistema de seguridad social-; también lo es que cuando la ley dice expreso así debe ser ya que por definición **lo tácito es lo que no se expresa o no se dice pero se supone o sobreentiende; siendo este pacto de tal naturaleza y consecuencias que nunca podría haberlo dejado plasmado la ley en esas condiciones y bajo ese entendimiento.**

Por lo expuesto se impone CONFIRMAR la sentencia en este aspecto, pues también a esa conclusión llegó la Juez, la que dado lo expuesto es acertada y ajustada a la ley y la jurisprudencia.

iii) **De la buena fe**

Asegura el recurrente que la documental visible a folio 39, tantas veces mencionada es prueba de su buena fe, siendo esta afirmación carente de sustento pues ese formato de novedad, solo describe una forma salarial, que luego fue, de manera esa si injustificada, no cumplida por el empleador; luego ningún sustento tiene que esta sea indicativa de buena fe, mas cuando como ya se señaló no existió allí pacto alguno relativo a conceptos excluidos como factor de liquidación.

De otra parte, el que la liquidación de la condena por parte de la Juez haya sido determinada tomando ciertas cifras, tampoco puede ser indicativo de buena fe del empleador, pues sencillamente no surge de su voluntad, ni es un acto de la demandada, sino del operador judicial que a bien tuvo determinar la cifra, lo que nunca se reprochó en recurso alguno.

De manera que tal y como analizó la Juez ni una razón atendible fue expuesta para el desconocimiento del pago del salario de la demandante, la demandada se limitó a sostener que había factores excluidos, lo que a la postre no resulto acreditado, luego la condena a moratoria aparece ajustada a la realidad procesal y a lo dispuesto en la ley suficientemente aclarado también por la jurisprudencia.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Sin costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HAZBLEIDY VEGA MANRIQUE VS
SOCIEDAD LUCI PROFESIONALES LTDA Y OTROS RAD N° 19-2010-
907-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

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

SENTENCIA

La señora HAZBLEIDY VEGA MANRIQUE actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de LUCI PROFESIONALES LTDA, como propietaria del establecimiento CLINICA DEL ROSARIO, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS EN SALUD “COOPSALUD T.A.” y solidariamente contra CESAR MARINO OSPINA CASTAÑO, LUZ ADRIANA BARBOSA CASTAÑO, LUZ MARINA CORTES VANEGAS Y ALIRIO BARBOSA PEÑA; para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de una relación de carácter laboral desde el 1 de enero de 2019 y hasta el 22 de octubre del mismo año; contrato que se terminó sin justa

causa. En consecuencia, solicita el pago de salarios, prestaciones, vacaciones, intereses a las cesantías, devolución de aportes, subsidio familiar, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, indexación, extra y ultra petita. (Fls 5 al 19)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que empezó a laborar al servicio de la demandada como auxiliar de enfermería el 1 de febrero de 2009, al servicio de "COOPSALUD CTA", y con a instrucción de laborar en el Clínica Luci Profesionales , que el salario devengado era de \$1.200.000, que la cooperativa le cancelaba el salario, que le adeudan salarios de mayo a octubre, que no es asociada de la cooperativa, que no fue afiliada a seguridad social, no le cancelaron subsidio familiar, que fue despedida sin justa causa, que fue agredida por la representante legal de la clínica que mediante tutela obtuvo el pago de \$900.000, el cual le fue cancelado el 3 de junio de 2010. (Fls 5 al 19)

Los demandados fueron representados por curador ad litem. Aclara la Sala que el proceso fue admitido en marzo de 2011, por el juzgado 19; posteriormente asignado al juzgado 11 Laboral de descongestión, quien asumió el conocimiento en junio de 2012, ordenando la notificación en debida forma a todos los demandados. (FI 301). Posteriormente ante la supresión de este despacho, es asignado al Juzgado 14 Laboral de descongestión, quien avoca el conocimiento en septiembre de 2013. (FI 399).

Luego de realizar dos audiencias de trámite, el Juzgado 14 Laboral de Descongestión profiere sentencia el 27 de junio de 2014, en la forma establecida en la ley 712 de 2001; la cual dada la fecha de presentación de la demanda era la que regulaba el caso. En esa oportunidad se absolvió de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Presentada apelación por la parte demandante (Fls 511 al 513), fue remitido al Tribunal Superior de Bogotá (Sala de descongestión); quien mediante providencia de 29 de agosto de 2014 DECLARÓ LA NULIDAD, de todo lo ACTUADO, desde el auto que fijó fecha para audiencia de

juzgamiento encontrando que uno de los demandados como persona natural no fue notificado (Ver cuaderno del Tribunal).

La Juez 19 Laboral del circuito de Bogotá, cumpliendo la orden del Superior Notifica al señor CESAR MARINO OSPINA PARRA y le designa curador ad litem.

Los curadores ad litem contestaron la demanda; (Fls 138 a 140; COOPSALUD; Fls 331a 335 LUCI PROFESIONALES LTDA CLINICA ROSARIO Y DEMAS PERSONAS NATURALES, excepto CESAR MARINO OPSINA PARRA, cuya contestación también a través de curador aparece a folios 396 a 397).

Tramitada lo anterior; la Juez de primera instancia, esto es la 19 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el ocho (8) de abril de 2021, por la que resolvió **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y **CONDENAR** en costas a la parte demandante. (Fls 561 a 564).

En síntesis, tal y como aparece en la sentencia escrita, la Juez concluyó que con las pruebas recaudadas no se acredita la prestación personal del servicio por parte de la actora frente a ninguna de las demandadas, ni mucho menos los extremos, ni siquiera con las documentales que aportó, pues si bien obran afiliaciones, esto no es suficiente para determinar la prestación del servicio.

Contra esta decisión no se interpuso recurso por lo que se estudia en grado jurisdiccional de **CONSULTA**, como ordena el artículo 69 del C P del T y de la S S.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que lo pretendido en este proceso era declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las empresas LUCI PROFESIONALES LTDA y el establecimiento de comercio denominado CLINICA DEL ROSARIO. En cuanto a los demás demandados, como personas naturales; se aclara; lo solicitado fue la responsabilidad solidaria; dada su calidad de socios de las demandadas. También se solicitó responsabilidad solidaria de la Cooperativa de Trabajo denominada COOPSALUD CTA; aunque en los hechos se afirma, que los servicios prestados desde el 1 de febrero de 2009 lo eran en favor de esta última y así se presentó en la demanda.

En consecuencia, básico resultaba establecer la prestación de servicios y en favor de quien eran prestados, pues el contrato de trabajo solicitado solo podría declararse con esa o esas sociedades, siendo las demás; aunque de manera confusa planteada la pretensión-; responsables solidarias.

Ahora es importante antes de referirnos a las pruebas, señalar, que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber, la actividad personal del trabajador; la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Y el último de los elementos es el salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos, señala el artículo 23 del CST, se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, **esto es la prestación del servicio**, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que, por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, o de otra estirpe, como en este caso derivada de un contrato de asociación; le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma **no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.**

Atendiendo ahora si a los medios de prueba traídos al proceso encontramos, tal y como acertadamente concluyó la Juez, que **ni aún la prestación del servicio en favor de ninguna de las demandadas en forma principal fue demostrada, carga que correspondía al actor, pues con las documentales y declaraciones que se escucharon en el proceso, no es posible dar por demostrado dicha prestación del servicio y menos aún los extremos en que se desarrolló.** Veamos as pruebas.

Aunque fue aportada una sentencia de tutela, proferida por el Juez 26 civil municipal, en contra DE COOPSALUD Y CLINICA DEL ROSARIO LUCI PROFESIONALES, de esta es verdaderamente imposible jurídicamente establecer si el servicio era prestado a la clínica en incluso diferenciar cual era la persona jurídica accionada, pues nótese que allí se indica que lo es la Clínica el Rosario Luci Profesionales, cuando claro resulta; según la documental aportada, que la persona jurídica es LUCI PROFESIONALES LTDA y que tiene matriculados establecimientos de comercio para desarrollar

su objeto social, entre ellos la Clínica del Rosario. (Ver certificado de existencia y representación legal visible a folios 39 y SS).

Luego determinar para cual de las dos laboraba la actora si la persona jurídica o el establecimiento de comercio y en los verdaderos extremos; con esta decisión, no es viable, luego de ella solo puede inferirse la protección de derechos fundamentales, **de manera provisional, pues en el artículo tercero de la providencia se advierte a la accionante que tiene cuatro meses para acudir a la jurisdicción laboral en procura de sus derechos, pues solo esta es la encargada de declararlos.**

Ahora, nada tampoco puede extraerse del interrogatorio de parte de la demandante, pues sus afirmaciones, que no dejan de serlo si no van acompañadas de otras pruebas, lucen contradictorias, incluso en la fecha en que empezó a laborar, pues nótese que lo reclamado en la demanda, data de 2009 y en el interrogatorio se asegura desde 2008.

En cuanto a la declaración del señor ALEXANDER GARZÓN BARBOSA, esposo de la demandante, tampoco aporta certeza ni sobre el empleador, ni sobre los extremos del presunto contrato, nótese que en principio se refiere a "la señora donde trabajaba HASBLEIDY", sin saber el nombre, luego dice que trabajaba en una clínica pero tampoco recordaba el nombre, luego habló de una cooperativa, tampoco recordaba el nombre y tampoco hasta cuando laboró; luego se itera, nada podría determinarse con esa declaración.

Tampoco con las documentales aportadas, pues obsérvese como COMPENSAR certifica un vínculo con una cooperativa denominada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS INTEGRALES, desde 26/10/2007 hasta 26/09/2009, así como con la cooperativa de trabajo asociado TALENTUM en 2008, fecha en la que la demandante en su interrogatorio aseguró estar laborando en la clínica a través de COOPSALUD. (FI 447).

La documental visible a folio 451 se refiere a otro empleador y para fechas posteriores a las que dice y solicita se declaren en este proceso; la de folio 456 se refiere a un traslado del RAIS a RPM, no aporta elementos, la de ARL POSITIVA, visible a folio 464, certifica años 2012 y 2013; luego nada al respecto de lo que interesa a este proceso, puede determinarse.

Vale destacar la juiciosa labor probatoria del Juzgado 14 de descongestión; sin que sobre agregar que las pruebas aportadas con el recurso en contra de la sentencia, que posteriormente fue anulada, no podían ser tenidas en cuenta, dado que no se allegaron en los términos procesales oportunos y que ni siquiera tampoco en gracia de discusión y a nivel informativo aportarían certeza sobre la prestación de servicios en las condiciones de un contrato de trabajo como acá se reclama.

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, debe concluir la Sala que no hay prueba de la prestación personal del servicio en favor de las demandadas, en las condiciones propias y naturales a la existencia de una relación de carácter laboral, sin que sobre agregar que tampoco de los extremos en que se dice se desarrolló, conclusión a la que - tal y como se itera, en forma acertada- llegó la Juez de primera instancia, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia que se revisa en CONSULTA en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia que se revisa en grado jurisdiccional de CONSULTA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-277-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA CRISTINA VESGA JIMÉNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a las Doctoras Alida del Pilar Mateus y María Camila Bedoya García, identificadas como aparece al pie de su firma en calidad de apoderadas principal y sustituta de la demandada Colpensiones, respectivamente, en los términos y para los efectos indicados en el poder y en el memorial de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un días (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico la de Colpensiones y la del extremo demandante.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La señora MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE se afilió al régimen de pensiones administrado por el ISS a partir de diciembre de 1981, entidad a la cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte, hasta el mes de septiembre de 2000, que se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. a partir de octubre del año 2000, mediante formulario de afiliación al ser inducida a error por parte del asesor de la entidad, que al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en octubre del 2000, contaba con 186 semanas cotizadas al RPM, que al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes octubre del 2000, contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM, que Colfondos S.A. omitió su deber de informar y asesorar sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen previo a disponer su afiliación al RAIS, que fue inducida a error por Colfondos S.A. quien no cumplió su obligación de entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado de la demandante, que la nulidad de traslado de régimen de pensiones del RPM de Colpensiones al RAIS de Colfondos S.A. en octubre de 2000, que por efecto de la nulidad deprecada, la cosas deben volver a su estado anterior y como consecuencias de las referidas declaraciones se ORDENE el retorno automático al RPM, a reactivar la afiliación atendiendo la nulidad de las afiliaciones al RAIS y a que Colfondos S.A. por virtud del regreso automático al RPM administrado por Colpensiones a **devuelva** todos los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, junto con los rendimientos financieros.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 7 de mayo de 1955, por lo que alcanzó los 64 años en el 2020, que se afilió al RPM en diciembre de 1981 del ISS hoy Colpensiones, acumuló un total de 186 semanas cotizadas al RPM, que en septiembre del año 2000, asesores de Colfondos S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS, asegurándole que el fondo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

representaban contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, el asesor de Colfondos S.A. le manifestó que el RAIS le permitiría a las personas que se trasladaran, acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el ISS y en cuantía muy superior al que podrían generar en el RPM, en la asesoría le manifestaron que el régimen del ISS sería reformado y que se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez frente a edad y semanas mínimas de cotización requeridas, el asesor omitió realizar una proyección pensional que acreditara que el RAIS podía ofrecerle condiciones más favorables en materia pensional, omitió advertirle que, atendiendo sus condiciones particulares para la data el traslado a fin de contar con una expectativa pensional real en el RAIS, la demandante debía realizar aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones fijadas de manera obligatoria por la ley, para completar el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de vejez o para equiparar la cuantía de la prestación que podría haber obtenido en el RPM, omitió también informarle y explicarle de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado de pensiones, menos las implicaciones del traslado, tampoco expuso cuál era el capital mínimo requerido para causar una pensión siquiera por el salario mínimo legal en esa época, menos aún el esfuerzo de aportes que debía asumir para lograr acumular dicho ingreso, suscribió el formulario de afiliación con el cual tramitó el traslado de régimen a favor del RAIS a partir del mes de octubre del 2000 a través de Colfondos S.A., el formulario de afiliación al momento de su traslado contiene una manifestación de voluntad pre-impresa, referida a la libre escogencia del RAIS.

Refiere que, de haber conocido los verdaderos efectos, no hubiese firmado el formulario de traslado, con lo cual el consentimiento se encuentra viciado por error, desde el mes de octubre del año 2000 y hasta la fecha de radicación de demanda en el año 2020 realizó cotizaciones de manera ininterrumpida a Colfondos S.A., el 18 de octubre de 2019 Colfondos S.A. emitió proyección pensional con estimación del valor de la mesada pensional, bajo el RAIS, obteniendo como respuesta que no tendría derecho a la pensión de vejez, el 16 de octubre de 2020 se emitió por parte VOLRISK CONSULTORES ACTUARIALES S.A.S., una estimación del valor de la mesada pensional a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

fecha estimada de retiró e indicó que con Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$3.077.564, el 8 de noviembre del 2019 presentó ante Colpensiones y Colfondos S.A. solicitud de traslado de fondo de pensiones, con fundamento en la nulidad de la afiliación realizada al RAIS por vicio del consentimiento, el 9 de diciembre de 2019, Colpensiones negó la solicitud de traslado de régimen y el 26 de noviembre de 2019, Colfondos S.A. negó la solicitud de traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso frente a la prosperidad de las pretensiones 2 a 12, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3, 16 y 27, e indicó que es parcialmente cierto el de numeral 4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en numeral 6, manifestó no constarle los numerales 1 a 5, 20, 22 a 24, 26 y 27 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir contra de sus propios actos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hiciera la señora **MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ** (sic) identificada con C.C. No. **41.685.655**, ante **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, el 31 de agosto de 2000 con efectividad a partir del 01 de octubre de 2000, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ**, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en el caso de no ser apelada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que lo pretendido consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado al fondo Colfondos S.A., por falta al deber de información, a lo que las demandadas se habían opuesto indicando que le brindaron a la demandante la información referente a su traslado, esto es, sobre los aspectos generales del RAIS y que su traslado fue voluntario sin que tuviera lugar ningún vicio en el consentimiento en dicho acto.

Indicó la juzgadora que los procesos relacionados con la ineficacia del traslado se han considerado con base en la jurisprudencia que desarrollo la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 31989 de 2008 hasta las sentencias del 2019 y 2020, las cuales fijaron unas reglas que deben ser acatadas para su aplicación y que conforme al criterio jurisprudencial señala respecto del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

deber de información en el traslado de régimen pensional, que debe al menos de manera general ilustrarse a la afiliada las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes especiales no solo del RAIS sino también del RPM, que dicha información debía explicarse de manera pedagógica teniendo en cuenta sus condiciones familiares, salario y expectativas laborales, para determinar que régimen le era más benéfico, por lo que la operadora judicial, considera que no se demuestra dentro del proceso el deber que tienen los fondos, como también el estado, de haberle brindado toda la información necesaria a la señora Vesga Jiménez para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen al que quería estar afiliada, pues no se probó de manera alguna un estudio integral de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y es así que al no haber probanza del deber de información por parte de las AFP convocadas a juicio, había lugar a declarar la nulidad de la afiliación realizada por esta, tal y como lo indica la Corte, debiendo entonces declararse la ineficacia del traslado ante Colfondos S.A. y ordenando a Colfondos S.A. devolver todos los aportes, rendimientos y no condenar en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

El extremo **demandante** solicitó modifiquen de manera parcial los numerales 2 y 3 de la sentencia, en lo relativo a que se ordene a Colfondos S.A. reintegrar o devolver todos los dineros a Colpensiones, sin ningún descuento, como gastos de administración, seguros, con todos los rendimientos adicionales, en sustento con la sentencia SL1452 de 2021 en cuanto al efecto concreto de la ineficacia del traslado, trae como consecuencia que la situación vuelva a su estado original y en consecuencia, debe hacerse el traslado de todos los descuentos, sin descuento alguno y solicita a su vez, se modifique el numeral 4 de la resolutive, en atención a que sean condenadas en costas las partes demandadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 365 y 366 del C.G.P., toda vez que la condena en costas es una situación objetiva que no admite valoración y que surge de manera directa a la parte que es vencida dentro del proceso, en este trámite judicial Colfondos S.A. y Colpensiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

presentaron contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y fueron vencidas en juicio, por lo que para efectos de cumplir lo normado en lo artículos referidos debe condenarse en costas a las entidades demandadas.

Por su parte, el extremo demandado **Colpensiones** solicitó se modifique de manera parcial el numeral 2 de la decisión preferida, y se adicione e incluya a la providencia los gastos de administración, con fundamento en la sentencia SL3464 de 2019 en donde se indican las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y que en el contexto de la jurisprudencia, trae como resultas del proceso que, la afiliación de la actora nunca se hubiese celebrado jamás, en este sentido debe tenerse en cuenta que los Fondos Privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado con los rendimiento financieros así mismo ha dicho que dicha declaración obliga a las entidades del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo en sus propias utilidades pues estos recursos desde el acto ineficaz han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA CRISTINA VESGA JIMÉNEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada en octubre de 2000 como da cuenta la historia laboral expedida por Colfondos S.A., aportada por el extremo demandante, visible a folios 79.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de afiliación, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y como acertadamente lo señaló la juzgadora de primer grado, que lo pretendido, se estudie bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegatos. ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María Cristina Vesga Jiménez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, máxime cuando el señor Arenas en su interrogatorio de parte señaló que le costaba leer ya que no distinguía muy bien el alfabeto, por ello, no es de recibo el argumento de esta recurrente, según el cual los afiliados tienen que consultar el texto de la Ley para dar suplido el deber de información, ya que de cara al sistema **todos son afiliados con independencia de su nivel de escolaridad y por ello se le impone a la AFP el deber de expresarles de manera clara las consecuencias del traslado en su caso particular**, información que tampoco se encuentra en el texto de la Ley.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de Colpensiones en sus alegatos, según la cual, para la fecha de traslado de la demandante a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

De igual forma, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en sus alegaciones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y el afiliado está relevado de probar la existencia de perjuicio alguno, no obstante ello y contrario a lo señalado por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMEÑEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la apoderada de esta entidad, en el trámite procesal sí que acreditó con proyección pensional el perjuicio económico que se causaría al actor frente a la cuantía de su mesada pensional en el RAIS, fondo al que se trasladó de manera desinformada.

Por otro lado, frente al argumento de Colpensiones, señalado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Ahora, en cuanto a los argumentos del externo demandante y Colpensiones esbozados en sus recursos referentes al traslado y devolución de todos los dineros a Colpensiones, como lo son los gastos de administración, esta sala comparte dicha posición, pues la consecuencia derivada de la ineficacia del traslado conllevan a que estos también deben ser objeto de dicho traslado de manera indexada como lo plantean los recurrentes, aspecto de igual forma que ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior, se dispondrá **modificar** el numeral **SEGUNDO** de sentencia de primer grado para en su lugar **CONDENAR** a COLFONDOS S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a COLPENSIONES, además de los emolumentos allí indicados, los gastos de administración que dicho sea de paso no se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo como lo ha señalado la jurisprudencia aplicable al caso bajo estudio.

Ahora, atendiendo el argumento señalado en el recurso y alegatos de conclusión del extremo demandante, frente a la imposición de costas a la parte vencida, se observa que no es procedente absolverlas de la misma, como quiera que Colpensiones y Colfondos S.A. fueron vencidas en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., por lo que se dispondrá **revocar** el numeral **CUARTO** y en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a Colpensiones y Colfondos S.A.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionaré** la sentencia recurrida en este aspecto.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **SEGUNDO** de sentencia recurrida, para en su lugar señalar que el traslado de aportes allí descrito, debe incluir lo descontando por concepto de gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000277-01 Dte: MARÍA CRISTINA VESGA JÍMENEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal **CUARTO** de sentencia recurrida, para en su lugar **CONDENAR** en costas procesales de primera instancia a **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

TERCERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2019 737 01

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA RITA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación la sentencia proferida el 30 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Colpensiones y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA VICTORIA RITA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que realizara el 29 de diciembre de 1998 con Old Mutual S.A., por cuanto en la etapa contractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema pensional y en especial de su situación pensional particular; como consecuencia de tal declaración peticiona se retrotraigan las cosas a su estado anterior como si nunca se hubiera traslado del RPM, ordenando su regreso automático a este último.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que se trasladó al RAIS por intermedio de Pensionar hoy Old Mutual S.A, el 29 de diciembre de 1998, que el asesor comercial de dicha AFP no le suministró una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del RPM como del RAIS, no hizo un estudio de su situación pensional particular, sino que se limitó a indicarle únicamente los beneficios del RAIS, que nació el 11 de julio de 1957 alcanzando los 55 años de edad el 11 de julio de 2014, por lo que a 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad.

Señala que Old Mutual realizó una simulación pensional en su caso, arrojando que el valor de su mesada ascendería a \$4.673.635, y realizada la misma simulación en el RPM, para el año 2019, en dicho régimen la mesada pensional sería de \$9.193.374, evidenciándose que esta última es ostensiblemente superior a la que recibiría de pensionarse en el RAIS, que ha cotizado un total de 1917 semanas y solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado, la que le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada SKANDIA AFP, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 3 a 5, 6 y 9, negó los No. 2 y 5 y manifestó no constarle los demás.

COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 13, 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A., con efectividad a partir del 1 de enero de 1999.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante al RPM.

TERCERO: Condénese a Skandia AFP S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la CAI de la actora junto con rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo cuando cobró efectividad 1 de enero de 1999 y hasta cuando se haga efectivo su traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la CAI de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de semanas que había cotizado la demandante a Colpensiones, su traslado a Skandia S.A., en el año 1998, su fecha de nacimiento, que a 1 de abril de 1994 contaba con 35 años y tenía 665 semanas de cotización, pudiéndose afirmar que conservaba el régimen de transición conforme los preceptos del AL 01 de 2005, ya que contaba con más de 750 semanas a la entrada en vigencia de dicho acto; que se habían recaudado interrogatorios de parte de los extremos procesales; indicó que la norma vigente al momento de traslado de la actora, era la Ley 100 de 1993 y el Decreto 696 de 1994.

Señaló que el CC señalaba el significado y efectos de la figura de la nulidad y conforme los preceptos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2014, había señalado que cuando se alegaba la falta de información en el acto del traslado de régimen, se debía analizar si dicho acto jurídico resultaba o no ineficaz ya que debía estar precedido de una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen; información que le correspondía acreditar a la AFP y el que

estaba en su cabeza desde la creación de estas entidades con la expedición de la Ley 100 de 1993, deber que fue evolucionando con el paso del tiempo.

Que conforme interrogatorio vertido por la demandante, hacía una recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon su traslado al RAIS, que el manifestaron que el ISS estaba en crisis y que perdería su derecho pensional, que le indicaron que podía acogerse a plan de capitalización y de su dicho no se derivaba confesión alguna por cuanto sólo se le habían manifestado ventajas del traslado; que de acuerdo con el material probatorio prueba documental e interrogatorios y declaración de parte se observaba que a la fecha de suscripción de formulario de afiliación por parte de la demandante, la demandada Skandia S.A., no había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como era el tema de la voluntad debidamente informada, en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, máxime cuando para la fecha, no se le había manifestado sobre el régimen de transición del que era beneficiaria, no se demostró el suministro de información veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda, declarando ineficaz el acto de traslado de la actora al RAIS, con el consecuente traslado de aportes por parte de Skandia S.A., junto con rendimientos a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, recursos que debían ser trasladados de manera indexada.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de

Colpensiones, se tiene que lo pretendido de por la señora MARÍA VICTORIA RITA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 29 de diciembre de 1998, a través de formulario de afiliación suscrito con la entonces AFP Pensionar hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., documental que fue allegada por la parte demandante y la demandada en mención, como se verifica en expediente digital.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad; lo cierto es que se alega por falta al deber de información, escenario en el cual como bien lo concluyó el juzgador de primer grado, lo peticionado se estudia a través de la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no

cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiñar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia y lo reitera la parte demandante en sus alegaciones, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Skandia S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la demandada Skandia SA., afirmar que le había brindado a la demandante la información en los términos antes señalados, cuando de ello sólo obra el formulario en mención, documental de la que no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la

Proceso Ordinario Laboral No. 30-2019-737-01 Dte: MARÍA VICTORIA RITA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

De igual forma, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera, no resulta procedente como lo solicita esta demandada en alegaciones disponer la permanencia de la actora en el RAIS bajo las condiciones pensionales del RPM, ya ambos sistemas tienen características distintas e independientes; aunado a ello, uno de los efectos de la ineficacia se itera, es que las cosas vuelvan a su estado inicial, imponiéndose así el retorno de la actora al RPM.

De otro lado, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin

las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Proceso Ordinario Laboral No. 30-2019-737-01 Dte: MARÍA VICTORIA RITA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2020 013 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: ESPERANZA DÍAZ VARGAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 5 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las entidades demandadas y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora ESPERANZA DÍAZ VARGAS, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que realizara al RAIS administrado por Porvenir S.A., atendiendo a la falta de información, que nunca estuvo afiliada a dicho régimen, por lo que debe quedar inscrita como tal en el RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Colpensiones a aceptar su traslado al RPM, procediendo a inscribirla como afiliada y a Porvenir S.A., se le condene a trasladar todos los dineros que reposen en su CAI. (fls. 57 y 58).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 25 de enero de 1965, contando con 54 años de edad, que se vinculó al RPM a través de su empleador de la época entre el 8 de octubre de 1993 al 30 de diciembre de 1996, que a partir del 1 de enero de 1997 ha realizado aportes a las AFP Colpatria, Horizonte y Porvenir S.A., que el 4 de septiembre de 1996 se trasladó del ISS a Colfondos S.A., por virtud del formulario de afiliación que suscribiera ante la mencionada Colpatria el 20 de noviembre de 1996, que posteriormente suscribió formulario de afiliación ante la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 21 de enero de 1998, que ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1321 semanas y para la fecha en que suscribió el formulario de vinculación al RAIS, fue persuadida por el empleador de la época.

Señala que en dicho acto de traslado, no se informó sobre los efectos que tendría esa decisión para su futuro pensional, no se le dio una asesoría personalizada, no se le indicaron las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, faltando las AFP en mención al deber de información a que están obligadas por vía legal, no le pusieron de presente comparativos de los regímenes pensionales, por lo que indica su traslado se llevó a cabo sin consentimiento informado, que mediante proyección elaborada el 31 de julio de 2019 por la AFP Porvenir S.A., le indicaron que su mesa pensional a los 57 años de edad, sería de \$828.116, momento en el que se percató que las promesas de la AFP al momento del traslado, no correspondían a la verdad ya que la cuantía de su mesada sería inferior de la otorgada por el RPM, de haber permanecido en este, ya que a la

misma edad en ese régimen, le correspondería una mesada pensional de \$3.669.900, saltando a la vista lo desfavorable que fue en su caso la decisión de traslado al RAIS.

Refiere por último que radicó solicitud de ineficacia de afiliación al RAIS, ante Colpensiones solicitó retornar al RPM, las que le fueron negadas, quedando así agotada la vía gubernativa. (fls. 58 a 60)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 24 y 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe. (fl. 71)

Por su parte, PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones invocadas, aceptó, manifestó no constarle los No. 1 a 3, 24, 26, 29 y 30 y negó los demás; propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación. (fl. 77)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM al RAIS a través de Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1 de enero de 1997.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante al RPM.

TERCERO: Condénese a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde el 1 de enero de 1997 hasta que haga efectivo su traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la CAI de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. (...) (fl. 113)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de

semanas que había cotizado la demandante a Colpensiones, su traslado a Colpatria S.A., en el año 1996 y en 1998 a Horizonte, que se habían recaudado interrogatorios de parte de los extremos procesales; indicó que la norma vigente al momento de traslado de la actora, era la Ley 100 de 1993 y el Decreto 696 de 1994, que regulaba todo lo referente a los traslados de regímenes pensionales como entre los fondos del mismo régimen.

Que como quiera que la pretensión principal se encaminaba a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado que el traslado de régimen debía estar precedido de una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen; información que le correspondía acreditar a la AFP y conforme interrogatorio vertido por la demandante, hacía un recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon su traslado al RAIS, que le manifestaron que se pensionaría a menor edad y con mejores condiciones que en el RPM, que el traslado se dio por invitación de su empleador de la época y los formularios ya se encontraban diligenciados; que de acuerdo con el material probatorio prueba documental e interrogatorios y declaración de parte se observaba que a la fecha de suscripción de formulario de afiliación por parte de la demandante, la demandada Colpatria S.A., no había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como es el tema de la voluntad debidamente informada, en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, esto es, que fuera veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda y los titulares de periódicos no daban cuenta de tal circunstancia, declarando ineficaz el acto de traslado de la actora al RAIS, con el consecuente traslado de aportes por parte de Porvenir S.A., junto con rendimientos a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, traslado de dichos gastos, recursos que debían ser trasladados de manera indexada.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles y la misma suerte corrían los gastos de administración, ya que hacían parte de un derecho en construcción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Porvenir S.A.**, indicó que si bien se había dado aplicación a la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, se debía analizar cada caso en concreto y si una de las consecuencias de la ineficacia declarada era retrotraer las cosas al estado inicial, no se había tenido en cuenta las contradicciones que se presentaron en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, una de ellas, que indicó que su afiliación primigenia se había realizado a través de Colpatria y que después se había trasladado a Horizonte, cuando ello no fue un traslado horizontal sino una absorción y evidenciándose así contradicción en su dicho, siendo ello un indicio de manipulación en la información u ocultamiento a su conveniencia, lo que no se tuvo en cuenta al momento de la decisión y dichos indicios lo que dejan claro es que se está presentando irregularidades al momento de una confesión porque al rendir el interrogatorio parte, la señora Esperanza no tiene claro cómo es el tema de reconocimiento pensional con Colpensiones o con esa AFP, sin embargo, aduce que sí le brindaron esta información y que fue por parte del abogado, entonces ahora es él quien no le brindó una información amplia y suficiente; indicó que también el afiliado era responsable por la decisión de traslado y debía ser diligente con su situación pensional, al ser plenamente capaz de entender las consecuencias de la suscripción del contrato y por ello, no se podía beneficiar de su negligencia o culpa excusándose en la falta de información, cuando a la fecha no tenía ni siquiera la información clara del fondo al cual pertenece, entonces si en el caso concreto, Colpensiones no cumple con sus expectativas financieras, alegará otro engaño.

Señaló que si se reputaba inexistente el acto de traslado, lo propio debía ocurrir con los rendimientos que se habían generado a la demandante en su CAI y tampoco era procedente realizar la entrega de los gastos de administración, sin embargo se indica que a pesar de no haber existido el traslado, sí se debían entregar los rendimientos y los gastos de administración; por lo que frente a ello, se debía evocar el principio de favorabilidad conforme

a la sentencia de T 569 de 2015 en la que se indica que dicho principio, se aplicaba en aquellos casos en que surgen las dudas del operador jurídico sobre cuál de las disposiciones jurídicas es aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, cuando hay contraste de 2 o más textos normativos y el texto escogido debía aplicarse respetándose el principio de inescindibilidad y para el caso de la demandante, se estaba tomando una fragmentación de la norma y adicionalmente se todos los beneficios a su favor y en contra de la AFP, como si fuera un castigo o una sanción y si se verificaba, no existía ningún tipo de sanción económica por la falta de información.

Señaló que frente a las proyecciones, no se podía solicitar una prueba que está dentro de los parámetros imposibles de brindar, ya que a la fecha de traslado de la actora ninguna ley obligaba a documentar dichas asesorías, simplemente se colegía que el traslado era efectivo con el formato de afiliación; que la demandante no era incapaz de leer siquiera un documento ya que dentro del todo este proceso se evidencia la negligencia de la demandante y tampoco era precedente indicar que no pueden prescribir los gastos de administración ya que ello sería afirmar que estos hacían parte del capital para financiar la pensión de la señora Esperanza y ello no era cierto toda vez que los gastos de administración y las primas de seguros o cualquier suma diferente al capital de la pensión, no es de propiedad del afiliado en ninguno de los 2 regímenes pensionales, por ello, no se puede predicar tal imprescriptibilidad.

Señaló por último que conforme la sentencia C - 1757 de 2013, la condena en costas, no era resultado de un actuar temerario de la parte condenada, sino era el resultado de su derrota en el proceso o recurso que se haya propuesto, ello era relevante porque solo esa AFP había sido condenada en costas y en este caso, Colpensiones también fue vencida en el proceso y por ello también debía asumir dicha condena que se consideraba excesiva.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos, se tiene que lo pretendido por la señora ESPERANZA DÍAZ VARGAS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 20 de noviembre de 1996, a través de formulario de afiliación suscrito con Colpatria S.A., documental que fue allegada por la parte demandante como se

verifica a folio 16 de expediente.

En este orden, la ineficacia de traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a

conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia y lo reitera la parte demandante en sus alegaciones, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la demandada Porvenir SA., como lo indica en su recurso, afirmar que le había brindado a la demandante la información en los términos antes señalados, cuando de ello sólo obra el formulario en mención, de lo que no se puede concluir que dicho traslado haya sido libre y voluntario como lo señala esta AFP en sus alegaciones, cuando la demandante no tenía conocimiento de las implicaciones del mismo.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., este ha sido enfático en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que sí le correspondía a Porvenir S.A., entonces Colpatria probar el suministro de dicha

información a la señora Esperanza, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

De igual forma, contrario a lo señalado por las demandadas en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De otra parte y como lo indica la recurrente, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y las contradicciones en el dicho de la demandante que alega la AFP recurrente, no encuentran fundamento si se tiene en cuenta que el traslado de esta de Colpatria a Horizonte no se dio por la absorción alegada sino por la afiliación que señaló la actora haber efectuado a Horizonte y de ello da cuenta el formulario de afiliación visible a folio 17 del plenario suscrito por la demandante el 21 de enero de 1998.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la recurrente Porvenir S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias

entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A. en sus alegaciones, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al argumento de Porvenir respecto a las costas procesales, se tiene que no es la legitimada para manifestar inconformidad en cuanto a la decisión de primer grado en lo tocante a la demandada Colpensiones y como quiera que se revisa la decisión también en grado de consulta a favor de esta última, no hay lugar a variar la absolución respecto de dicho rubro frente a esa demandada.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2019-508-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Santiago Bernal Palacios, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos indicados en el memorial de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las del extremo demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

ANTECEDENTES

El señor DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Colfondos S.A. al trasladar del ISS el 15 de agosto de 2002 al señor HERNÁNDEZ PACHECO, no cumplió con su deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, como consecuencia de tal declaración solicita la nulidad de la afiliación al RAIS que realizara con Colfondos S.A., ordenar a Colfondos S.A. trasladar al señor Hernández Pacheco al RPM con la totalidad de aportes, rendimientos y semanas incluidas, sin incluir dentro del traslado los gastos de administración y la comisión de seguro previsional cobrados durante la vigencia de la afiliación, como si nunca se hubiese efectuado el traslado al RAIS y se ordene a Colpensiones aceptar el traslado del señor Hernández Pacheco al RPM. De manera subsidiaria, solicita se decrete la ineficacia del traslado al RAIS que realizara con Colfondos S.A.

HECHOS

Como fundamentó de sus pretensiones afirmó que nació el 6 de julio de 1955, que al momento de radicar la demanda contaba con 63 años de edad, laboró para la empresa Poliservicios LTDA. el 27 de noviembre de 1984 efectuando los aportes al ISS hoy Colpensiones, el 15 de agosto de 2002 se trasladó del RPM del ISS al RAIS mediante afiliación a Colfondos S.A., tras las recomendaciones del ejecutivo de cuenta y sin que mediara asesoría, se trasladó del RPM al RAIS, convencido que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional, antes de cumplir los 52 años de edad, no recibió por parte de Colfondos S.A. asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al RPM, ante la falta de asesoría de Colfondos, quedó inmerso dentro de la restricción de los 10 años para trasladarse de régimen como lo dispone la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, se encuentra afiliado al RAIS con Colfondos S.A., ha cotizado un total de 1,227 semanas, siendo 404,14



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

semanas al RPM con el ISS hoy Colpensiones y 823 al RAIS con Colfondos S.A.

Afirma que el 4 de febrero de 2019 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones en que solicitó la afiliación al RPM, solicitud que le fue negada por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, que el 4 de febrero de 2019 elevó solicitud de nulidad del traslado RPM, el 5 de febrero de 2019 Colpensiones rechazó la solicitud de nulidad de la afiliación, el 31 de enero de 2019 envió comunicación a Colfondos solicitando información acerca de las razones para no asesorarle al momento del traslado de régimen, mediante comunicación del 22 de febrero de 2019 Colfondos S.A. dio respuesta y señaló que no tenía reporte de la misma ya que fue realizada de manera verbal, envió comunicación a Colfondos, solicitando información acerca de la asesoría recibida antes de cumplir los 52 años y una simulación pensional para determinar el valor de la mesada, mediante comunicación del 22 de febrero de 2019 Colfondos S.A. dio respuesta y le indicó que a la edad de 62 años no contaría con el capital suficiente para acceder al derecho pensional pero que sin embargo tendría derecho a que el Fondo de Garantía Mínima del RAIS en desarrollo del principio de solidaridad le completara la parte que haga falta para obtener una pensión mínima.

Afirma que, si se encontrara afiliado al RPM, podría acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos para pensión a la edad de 63 años, se le aplicaría un IBL equivalente a la suma de \$2.565.743, por lo que, de pensionarse a la edad antes mencionada en el RPM administrado por Colpensiones, el valor de la mesada sería de \$1.638.430 aplicándose una tasa de reemplazo del 63%.

Indica que, al momento de trasladarse al RAIS, no fue asesorado sobre los alcances negativos que le generaba el traslado de régimen pensional, con lo cual su consentimiento estuvo viciado y que el ejecutivo de cuenta, no le explicó las consecuencias del traslado ni mucho menos le hizo un comparativo de los posibles montos de la pensión en cada uno de los regímenes, ni le entregó el plan de pensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3 y 10 a 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido de los numerales 1, 2, 14 y 15 manifestó no constarle los Nos. 3, 5, 6, 9, 10 al 13 y 18 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado **por DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con **la AFP COLFONDOS S.A.**, y como consecuencia de ello, se ordena a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.**, a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado, tal como se advirtió en la parte motivada de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a volver a afiliarse a **DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías **COLFONDOS S.A.**



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **AFP COLFONDOS S.A.**, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la nulidad de traslado a Colfondos S.A., que la AFP traslade todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos y que Colpensiones reactive la afiliación al RPM, se condene en costas y agencias en derecho y subsidiariamente solicita la ineficacia del traslado al RAIS que realizara con Colfondos S.A.

En cuanto a la ineficacia de traslado el demandante pretende que se declare la misma por falta al deber de información, a lo que las demandadas se habían opuesto indicando que le brindaron al demandante la información referente a su traslado, esto es, sobre los aspectos generales del RAIS y que su traslado fue voluntario sin que tuviera lugar ningún vicio en el consentimiento en dicho acto. Indicó el juzgador que no se pretendía la aplicación de los efectos de las sentencias C 789 de 2002 o la C 1024 de 2004, ni en la SU 062 de 2010, conforme al documento de folio 145 en la contestación de la demanda por Colfondos S.A., el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual en agosto del 2002, a través de Colfondos S.A.

Que en virtud de lo pretendido había lugar a aplicar la línea jurisprudencial en cuanto al traslado entre regímenes de RPM a RAIS o inversamente y que para ello se debía tener una edad que no superara los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, siendo para los varones 52 años, sin embargo, lo aplicado para el caso en concreto es la jurisprudencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verificó si el demandante cumple con todos los requisitos previstos de línea jurisprudencial, siendo lo primero la inversión de la carga probatoria porque al no poder el demandante demostrar que se brindó la información, se invierte dicha carga, y esto lo ha



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

señalado en la sentencia SL081 de enero 2021, reiterada en la 145 del 20 de enero de 2021 en la que se argumenta que si a la afiliación la AFP no suministro información veraz y suficiente pese a que debía hacerlo se dice con ello que la entidad incumplió voluntariamente la obligación de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, como el trabajador no puede acreditar que no recibió la información corresponde a la contraparte que si la brindo dado que es quien está en posición de hacerlo, en la sentencia 4806 de octubre 14 de 2020 y en la 4388 del 11 de noviembre de 2020 ha dicho la Corte que es obligación de las administradoras que no hubo asimetría en la información y por lo tanto proveer a los jueces de todos los medio de convicción que permitan dar certeza de que al momento de producirse el traslado entre regímenes el afiliado contaba con todos los elementos suficientes para decidir libremente, en sentencia 3066 de 2020 insiste la Corte en que el deber de información al momento de traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las AFP y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficio, ventajas y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión, en sentencia 2207 de mayo de 2021 ha resaltado que la información no es suficiente con la simple información contentiva de leyendas de consentimientos en los formularios sino que debe ser más allá de la firma del pre formato que para el traslado del régimen pensional dice la Corte que la simple firma del formulario igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos tales como “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de este tipo son insuficientes, para dar por demostrado el deber de información, estos formalismos a lo sumo acreditan un consentimiento sin vicios pero no un consentimiento informado.

Indicó que siguiendo la línea jurisprudencial, la corte en sentencia 4161 de octubre de 2020, señalo que la afiliación desinformada genera la ineficacia en estricto sentido, en la sentencia SL2884 junio de 2021, las AFP deben trasladar respecto de la obligación de la afiliación no solo la totalidad del capital ahorrado, sino sus rendimientos financieros, lo que obliga a las entidades del RAIS a que devuelvan los gastos de administración y



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

comisiones con cargo a sus propias utilidades pues desde el momento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al RPM administrados por Colpensiones, sentencia del 4111 de 2020 criterio que igualmente se aplica al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantías de Pensión Minina, porque de lo contrario se estaría afectando el RPM.

Señaló que en aplicación de los parámetros señalados, declara la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y que como consecuencia de lo anterior ordeno trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, junto con los frutos e intereses y sus rendimientos, condeno a Colfondos a pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración conforme al tiempo al que estuvo afiliado al fondo y condeno a Colpensiones a volver afiliarse al demandante al RPM y a recibir todos los aportes que hubiese efectuado a Colfondos.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó que en cuanto a las consideraciones sobre la carga de la prueba se tiene que conforme al artículo 167 del C.G.P. incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que las normas que consagra en efecto jurídico que en ellas persigue, en ese sentido el H. Tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente artículo como en la sentencia con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Andrés Vargas, el pasado 10 de octubre de 2017, frente a la carga de la prueba manifestó que los vicios de error, fuerza y dolo, deben ser demostrados por las partes que las alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, lo anterior de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., las partes tienen la obligación de probar los supuestos facticos que funda sus alegaciones según el extremo que ocupan e indica que resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en Colpensiones en los casos que se ha declarado la nulidad, máxime cuando la afiliación se dio en el 2000 y queriendo decir que han transcurrido 18 años a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, luego entonces al haber fundado la actora su pretensión en el engaño de la AFP al cual estaba afiliado, le corresponde probar dicha afirmación y de la misma razón al condenar en costas en esta instancia se procedería a un detrimento patrimonial, por lo anterior solicita se revoque la sentencia.

La demandada **Colfondos S.A.**, indicó en su recurso su inconformidad en lo atinente a la devolución de los gastos de administración a cargo del patrimonio de Colfondos S.A. y las agencias en derecho, sustentó el recurso indicando que los gastos de administración son conceptos que ya fueron causados y cobrados y que el demandante se benefició durante el tiempo de permanencia que estuvo afiliado a Colfondos, que los seguros provisionales hacen referencia al seguro de invalidez y sobrevivientes que contrata Colfondos S.A. a un tercero de buena fe para mantener al demandante cubierto para los riesgos de invalidez, motivo por el cual nunca fueron parte integrante de los aportes que constituyen la constitución de la mesada pensional. Aunado a lo anterior, señaló que los descuentos tienen su fundamento legal dentro de la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 y los gastos de administración fueron utilizados en atención a las gestiones de Colfondos S.A. para generar unos dineros adicionales a los aportes que son traducidos a los rendimientos lo que constituirá desconocer el trabajo que realizó Colfondos S.A. y en lo que respecta a las agencias en derecho solicita se revoque dicha condena teniendo en cuenta lo que se estableció mediante acuerdo, las agencias corresponden a una contraprestación por los gastos en que debe incurrir para ejercer la defensa legal de los intereses dentro del trámite judicial, en el presente proceso no se requirió mayor esfuerzo del apoderado como quiera que las diligencias por motivo de las contingencias se han realizado de forma virtual.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

S.A., el 15 de agosto de 2002, como se verifica a folio 145 de expediente digital, archivo 4, allegada por la AFP en mención.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por la omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicado respecto de dicha figura, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría y que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones y recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso. ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Hernández Pacheco, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., a la que se trasladó el demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, máxime cuando el señor Arenas en su interrogatorio de parte señaló que le costaba leer ya que no distinguía muy bien el alfabeto, por ello, no es de recibo el argumento de esta recurrente, según el cual los afiliados tienen que consultar el texto de la Ley para dar suplido el deber de información, ya que de cara al sistema **todos** son afiliados con independencia de su nivel de escolaridad y por ello se le impone a la AFP el deber de expresarles de manera clara las consecuencias del traslado **en su caso particular**, información que tampoco se encuentra en el texto de la Ley.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3. del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Ahora, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en sus alegaciones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y el afiliado está relevado de probar la existencia de perjuicio alguno, no obstante ello y contrario a lo señalado por la apoderada de esta entidad, en el trámite procesal sí que acreditó con proyección pensional el perjuicio económico que se causaría al actor frente a la cuantía de su mesada pensional en el RAIS, fondo al que se trasladó de manera desinformada.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Colfondos S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*

se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y en caso de que los mismos ya hayan sido destinados, esta administradora debe asumirlos con su patrimonio como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto y conforme la óptica respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria primer grado, para lo cual es pertinente señalar que como lo solicita la recurrente el cumplimiento de la sentencia por su parte, debe efectuarse una vez Colfondos S.A., traslade los emolumentos ordenados en sentencia bajo estudio.

Ahora, atendiendo el argumento señalado en el recurso de Colfondos S.A., relativa a la imposición de costas señalada en numeral cuarto, no hay lugar a revocar la condena en costas como quiera que Colfondos S.A. fue vencida en juicio, conforme las previsiones estipuladas de que trata el artículo 365 del C.G.P.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Dños.:
COLPENSIONES Y OTRO*

montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionar**á la sentencia recurrida en este aspecto.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 35201900508-01 Dte: DAVID GUILLERMO HERNÁNDEZ PACHECO Ddos.:
COLPENSIONES Y OTRO*


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

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

PROCESO ORDINARIO No. 38-2016-1018-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. ESP

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

La sociedad ELECTRICARIBE S.A. ESP por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que esa sociedad es parte interesada en el trámite de pensión de vejez del señor Luis Carlos del Toro frente a la demandada Colpensiones, que esa entidad tiene la obligación de reconocer pensión de vejez en aplicación del régimen de transición a la persona natural en mención desde que adquirió el derecho a ello, esto es, el 28 de enero de 2012; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colpensiones a reconocer al señor Luis del Toro pensión de vejez en cuantía no inferior a \$2.631.837 a partir del 28 de enero de 2012, que igualmente se le condene a pagar a favor de Electricaribe el retroactivo generado desde que el señor Luis adquirió derecho pensional y hasta el 9 de enero de 2013, por valor de \$32.654.043, junto con intereses moratorios e indexación.

Respecto del señor Adalberto de Jesús Puello, igualmente peticiona se declare que es parte interesada en el trámite de reconocimiento pensional de este, que

Colpensiones debe reconocer pensión en aplicación del régimen de transición a partir del 19 de diciembre de 2012, la que no debe ser inferior a \$3.137.081 y Colpensiones debe reconocer y pagar a favor de la demandante el valor de retroactivo desde que el señor Adalberto adquirió derecho pensional y hasta el 30 e abril de 2013, por valor de \$14.109.336, junto con intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Luis Carlos el Toro, nació el 28 de enero de 1952, por lo que alcanzó los 60 años en el 2012, que prestó sus servicios para dicha sociedad entre el 16 de julio de 1979 al 31 de diciembre de 1998, que en diligencia de conciliación celebrada ante la Inspección del Ministerio de trabajo el 30 de diciembre de 1998, el trabajador en mención y la sociedad convinieron de manera voluntaria el pago de una pensión de jubilación convencional en cuantía de \$1.460.363 a partir del 1 de enero de 1999, dejando expresamente consignado en acta de conciliación que dicha pensión tendría el carácter de compartida con la que le llegare a reconocer el entonces ISS, que después de pensionado el trabajador, dicha sociedad continuó efectuando a su favor aportes pensionales a efectos de que el Instituto en mención le reconociera derecho pensional, que el señor Luis, solicitó el 29 de diciembre de 2012 ante Colpensiones reconocimiento y pago de pensión de vejez y a través de resolución GNR 018792, esa administradora reconoció derecho pensional a su favor por virtud del régimen de transición en cuantía de \$2.696.054 a partir del 10 de enero de 2013, por lo que el 14 de noviembre de dicha anualidad, Electricaribe S.A. ESP solicitó ante Colpensiones reconocimiento y pago de pensión de vejez bajo la figura de compartibilidad pensional y procediera a reconocer retroactivo desde la fecha en que el señor Luis adquirió derecho pensional y hasta que fue efectivamente incluido en nómina. Refiere que en resolución GNR 344949 del 2 de octubre de 2014, Colpensiones resolvió negar el reconocimiento y pago de dicho retroactivo al considerar que su pago debía dejarse en suspenso.

Respecto del señor Adalberto, indica que nació el 19 de diciembre de 1952, alcanzando los 60 años de edad en el 2012, que laboró para dicha sociedad entre el 16 de marzo de 1977 al 31 de diciembre de 1998, y de igual forma, con él se concilió el reconocimiento de pensión de jubilación convencional en cuantía de \$1.729.855 a partir del 1 e enero de 1999, pactando el carácter de compartido de dicha prestación con la que le llegara a reconocer el ISS, por que para ello se siguieron efectuando a su favor aportes con destino al sistema

pensional, que el señor Adalberto solicitó reconocimiento pensional ante Colpensiones el 19 de diciembre de 2012, la que le fuera reconocida en resolución GNR 094399 del 15 de mayo de 2013, en cuantía de \$3.213.626 a partir del 1 de mayo de dicha anualidad; razón pro al cual, el 29 de enero de 2014, esa sociedad solicitó ante la demandada en mención reconocimiento y pago de retroactivo a su favor por el carácter de compartido de la prestación a lo que dicha administradora no accedió argumentando que el beneficiario del pago de retroactivo, debía ser decidido por la jurisdicción ordinaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos narrados en cuanto al demandado Luis del Toro, aceptó los contenidos en los numerales 1, 3 a 6, 8 a 14 y negó los demás; en canto al señor Adalberto, aceptó como ciertos los contenidos en numerales 1, 3 a 5, 7 a 13 y negó los demás. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe.

El curador ad – litem de los demandados señores Luis Carlos del Toro y Adalberto de Jesús, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 5 y 7 a 10 respecto de cada uno de los demandados y manifestó no constarle los demás, Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de requisitos formales para la vocación de compartibilidad y deficiencia de requisitos para el giro de retroactivo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la sociedad demandante **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** tiene derecho al pago del retroactivo pensional generado del 19 de diciembre del 2012 al 30 de abril del 2013, por virtud del reconocimiento de la pensión de vejez a **ADALBERTO DE JESUS PUELLO MARRUGO** atendiendo el carácter de compartida con la prestación extralegal reconocida por la entidad empleadora. Lo anterior, en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que le pague a **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** la suma de \$13'983.181 por concepto de retroactivo pensional, generado entre el 19 de diciembre del 2012 y el 30 de abril del 2013, por virtud del reconocimiento de la pensión de vejez a **ADALBERTO DE JESUS PUELLO MARRUGO**. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Teniendo en cuenta que el valor definido corresponde a un retroactivo de mesadas pensionales, las mesadas deberán ser indexadas tomando para el efecto de que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre inicial por valor

*histórico que corresponde al valor de cada una de las mesas retroactivas que proceden en favor de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** igual a valor histórico indexado, así como índice inicial deberá tomar el correspondiente al mes de causación de la respectiva mesada pensional y como índice final de la fecha en que se verifique el pago por parte de la accionada. Todo lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente e sentencia.*

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás súplicas de la demanda, particularmente respecto de intereses moratorios.

CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara probada de oficio la excepción de cumplimiento de la obligación en lo que al pago de retroactivo de mesadas pensionales atañe, frente al señor **LUIS CARLOS DEL TORO ARRIETA**. No probadas respecto a las excepciones respecto de las determinaciones adoptadas, y frente a la absolución producida, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reproche que la entidad demandante había reconocido a los señores Luis Carlos del Toro y Adalberto de Jesús pensiones de vejez con sustento en previsiones legales y convencionales en cuantías iniciales de \$ 1,252,381 y \$4.482,308 respectivamente con los reajustes legales atendiendo su condición de beneficiarios de la convención colectiva, prestación que estaría a cargo de la entidad empleadora hasta el cumplimiento de los 60 años de edad los trabajadores, data partir de la cual accederían a la pensión de vejez legal quedando a cargo entonces del ISS hoy Colpensiones, destacándose que la empresa asumiría el pago de las cotizaciones de acuerdo con la Ley 100 del 93 quedando a su cargo el mayor valor que se generara entre la pensión extra legal y la legal a cargo de la hoy Colpensiones pues así se pactó por las partes en las conciliaciones celebradas que en lo pertinente señalaban que para la época de verificación de los acuerdos y de la causación de las pensiones extralegales la regla legal que se aplicaba en materia de compartibilidad, era que todas las prestaciones en esa modalidad se entiende que son compartidas a menos que expresamente se pacte la compatibilidad por acuerdo expreso, acuerdo de dicha índole que no obraba en el plenario, que igualmente se encontraba demostrado que Electricaribe S.A., ESP absorbió por fusión a Electrificadora de la Costa Atlántica, conforme daba cuenta certificado de existencia y representación legal de la demandante, subrogándose en derechos y obligaciones la empresa empleadora de los demandados como persona natural.

Señaló que como se advertía en resolución GNR 018792 del 23/02/2013 Colpensiones le reconoció al señor Luis Carlos del Toro pensión de vejez y con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, por su condición de beneficiario del régimen de transición en cuantía inicial de \$2,696,054 a partir del 10/01/2013 con inclusión en nómina de febrero de esa anualidad, que igualmente en resolución GNR 214414 del 19/07/2016 reconoce por pensiones la compartibilidad de la pensión legal de vejez otorgada modificando

la fecha de causación fijando como tal el 28/01/2012 y en cuantía inicial de 2,654,694, ordenando en el acto administrativo el pago de retroactivo pensional a la demandante por valor de \$38.514.957 causado entre el 28 de enero de 2012 al 28/02/2013, advirtiéndose de tal circunstancia el cumplimiento de la obligación reclamada en el libelo introductorio, inclusive en cuantía superior a la peticionada.

Que con ocasión de la resolución GNR 094399 del 15/05/2013, se advertía el reconocimiento pensional a favor del señor Adalberto, igualmente con fundamento en el régimen de transición en cuantía inicial de \$ 3,213,626 a partir del 01/05/2013 y con inclusión de junio siguiente, decisión que fue notificada mediante resolución VPB 12146 del 28 de julio de 2014, declarando la compartibilidad de la pensión con la reconocida por la empleadora y finalmente mediante resolución del 39563 del 14/10/2016, se determinó la procedencia el disfrute de la pensión desde el 19/12/2012, pero se negaba el pago del retroactivo personal atendiendo al conflicto que se presentaba entre el ex trabajador y Electricaribe en torno a quién debía efectuarse el pago de dicho rubro.

Afirmó que había quedado comprobado que las pensiones reconocidas a los trabajadores demandados, eran compartidas con las legalmente establecidas por Colpensiones, respecto de la prestación extra legal reconocida por la parte demandante, para lo cual indicó que se había demostrado que dicha sociedad, había cancelado el valor total del importe de las mesadas en los periodos en los respecto de los cuales se solicitaba el pago del retroactivo pensional y de conformidad el artículo 18 del Acuerdo 049 del 90, los empleados registrados como tales en el ISS que otorgan a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente causados a partir del 17/10/1985 continuarán cotizando para los seguros de IVM hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, estando en cabeza del empleador únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelándose al pensionado, que a partir de dicha normatividad no cabía duda que las pensiones otorgadas a las personas naturales demandadas, eran de carácter compatible con la pensión otorgada por el sistema general de pensiones.

Que la Corte Suprema de Justicia había indicado que le asistía al empleador el derecho al pago de retroactivo pensional por el interregno temporal en que

esta había efectuado el pago de las mesadas pensionales pues había protegido al trabajador mientras la entidad de seguridad social efectuaba reconocimiento pensional, dineros que había girado sin estar obligada a ello, ya que sólo le correspondía asumir un mayor valor y no la prestación en su totalidad, que respecto del señor Carlos, no era viable imponer condena alguna, ya que de resolución de reconocimiento pensional, se había ordenado el pago de retroactivo reclamado en suma superior a la reclamada.

En cuanto al señor Adalberto de Jesús, no se acreditaba el pago del valor del retroactivo a favor de la demandante, para lo cual indicó que en resolución que modificó la primigenia de reconocimiento pensional, se determinaba con claridad que el retroactivo de mesadas pensionales causado a favor de Adalberto de Jesús le correspondía Electricaribe por haber sufragado la prestación por dicho interregno temporal.

En cuanto a la excepción de prescripción indicó que los derechos regulados en el CST prescribían en 3 años contados desde que la obligación se había hecho exigible, que revisado el expediente se advertía que respecto de los valores reclamados, se había solicitado su pago dentro del término legalmente establecido habiendo lugar a declarar no probado el medio exceptivo, siendo procedente condenar a la demanda Colpensiones al pago de la suma de \$13.983.981 con ocasión pues el retroactivo reclamado respecto del señor Adalberto.

En cuanto a los intereses moratorios, señaló que no procedían por cuanto la definición de a quién le correspondía el pago del retroactivo necesariamente debía ventilarse judicialmente y no se estaba ante una omisión injustificada del pago de la prestación pensional; valores que debían indexados tomando para el efecto en el IPC que certifique el Dane de acuerdo con la fórmula prevista para el ello.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado de consulta en favor de la demandada, sea lo primero señalar que no ofreció reparo que la demandante Electricaribe S.A. ESP, pactó con los señores Luis Carlos del Toro y Adalberto Puello el reconocimiento de una pensión de jubilación voluntaria a partir del 1 de enero de 1999, la que tendría el carácter de compartida por virtud de las previsiones de los Acuerdos 049 de 1990 y 029 de 1985, prestación que pagaría hasta que el ISS hoy Colpensiones efectuara reconocimiento pensional legal a favor de

los trabajadores cuando estos arribaran a la edad de 60 años, para a partir de allí únicamente reconocer el mayor valor a que hubiere lugar, como se evidencia de actas de conciliación allegadas al plenario digital.

De igual manera, de los actos administrativos expedidos por la demandada y en lo que respecta al trabajador Adalberto Puello respecto de quien fuera condenada la demandada, se tiene que en resolución VBP 12146 del 28 de julio de 2014, la demandada Colpensiones modificó la resolución primigenia de reconocimiento pensional, señalando que la prestación reconocida al señor Adalberto, tenía el carácter de compartida como había quedado expuesto en acta de conciliación ante dicha; no obstante, negó el reconocimiento de retroactivo hasta que no existiera autorización de este último para el giro de dicho rubro a favor de Electricaribe S.A. ESP.

Así las cosas y al haber acreditado la demandante Electricaribe S.A. ESP, que luego de que el señor Adalberto Puello adquirió status pensional, esto es, 19 de diciembre de 2012, continuó pagando a su favor la mesada pensional hasta el mes de abril de 2013, como se corrobora con los comprobantes de pago allegados por esta a folio 59 y s.s. del plenario digital; lo que coincide con la fecha de ingreso en nómina para el pago de la prestación por parte de la demandada, es claro que el retroactivo generado le debe ser girado por parte de la demanda Colpensiones a la sociedad demandante al haber asumido esta última el pago de la prestación hasta la data en que fue efectivamente pagada a su favor por la administradora pensional, retroactivo que asciende a la señalada en primer grado, teniendo en cuenta las sumas que demostró pagar Electricaribe en tales extremos temporales por concepto de mesadas pensionales a favor del señor Adalberto.

Determinado lo anterior y al verificarse que no hubo controversia alguna por virtud de la cual se justificara dejar en suspenso el pago del retroactivo reclamado a favor de la demandante y que este suspenso no obedeció a que la actora no hubiera allegado la documentación requerida para el efecto, pues los actos administrativos expedidos por Colpensiones permiten arribar a conclusión diferente; resulta acertado ordenar el pago indexado de dicho retroactivo a efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo atribuible a la aquí demandada.

Por todo lo anterior, habrá de **confirmarse** la sentencia de primer grado.

Sin costas el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA, Y
ESTUDIOS AMBIENTALES - IDEAM
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS
RADICADO: 2021-1524-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resuelve la sala el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 30 de abril de 2021 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. (fl.14)

Como fundamento de sus pretensiones expuso la entidad demandante que dos de sus servidores, afiliados a la EPS demandada, presentaron incapacidades de origen común, cuyo pago fue solicitado ante esta última el 26 de enero de 2017, sin recibir respuesta alguna. (fls. 2 y 3)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído de fecha 30 de abril de 2021, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud decidió ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de demanda presentada y ordenó a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$47.227.

Indicó la Superintendencia que durante el debate procesal, la demandada había efectuado pago parcial de las incapacidades reclamadas, centrándose el problema jurídico en determinar si había lugar a reconocer diferencia alguna. (fl. 14).

RECURSO DE APELACIÓN

La Entidad accionada presentó recurso de apelación, indicando que se debía dar aplicación a la figura de hecho superado como quiera que había reconocido y pagado en debida forma las incapacidades reclamadas.

CONSIDERACIONES

La presente acción se inició con base en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

“ARTÍCULO 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.- Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

"e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

En el presente caso se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal g) del artículo antes transcrito, en razón a que conforme se avizora en los antecedentes de esta decisión la demandada señala haber pagado el valor total de la incapacidad que le fue generada a los servidores de la demandante.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 1438 de 20118 prevé que “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 7 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”

Conforme lo expuesto ha señalado la Corte Constitucional que la incapacidad tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, razón por la que resulta lógico que en cumplimiento de dicha premisa sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, conforme al procedimiento allí previsto.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se observa que no existió reparo frente a la existencia de las incapacidades reclamadas, observándose que contrario a lo señalado por la EPS recurrente, la decisión impugnada liquidó en debida forma dichas incapacidades, con el salario que se probó en el trámite procesal devengaban los servidores de la demandante Luis Ebratt Herazo y Nelsy Verdugo; teniendo en cuenta los extremos temporales de las mismas, respecto de los cuales se itera, no existió controversia, determinando que en efecto existía una diferencia que debe ser sufragada por la demandada; no pudiéndose por ello declarar la existencia de hecho superado como lo solicita la impugnante, ya que revisada dicha liquidación, esta Sala arriba a igual conclusión y por ello, se **confirmará** la decisión impugnada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de abril de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional de Conciliación.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: CLAUDIA CASTRO CÁRDENAS

DEMANDADO: MEDIMÁS y CAFESALUD EPS

RADICADO: 2022-0102-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

S E N T E N C I A:

Resuelve la sala el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 31 de marzo de 2021 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. (fl.42)

Como fundamento de sus pretensiones expuso la persona natural demandante que el 18 de marzo de 2017 le fue otorgada licencia de maternidad por 126 días y por un costo aproximado de \$3.098.000, que el señor Germán Sáenz encargado de dicho trámite en la sociedad Conasesores Integrales S.A.S., solicitó en debida y oportuna forma el reconocimiento y pago de dicha incapacidad, aportando los documentos requeridos por Cafesalud EPS hoy Medimás, que la Eps en mención, no efectuó su pago a pesar de los múltiples requerimientos que se hicieron para el efecto. (fl. 1 y 2)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído de fecha 31 de marzo de 2021, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud decidió ACCEDER a las pretensiones de demanda presentada, condenando a Cafesalud EPS a efectuar el pago a favor de la demandante de \$4.135.519 y absolvió a Medimás de las pretensiones incoadas en su contra. (fl. 36).

RECURSO DE APELACIÓN

La Entidad accionante presentó recurso de apelación en el cual adujo que la licencia reclamada, había sido reconocida y liquidada bajo la factura ILM469295 por valor de tres millones novecientos ochenta y tres mil setecientos cuarenta y dos pesos m/cte. (\$3.983.742.00) y su pago se llevaría a cabo una vez el Banco de Bogotá procediera a descongelar la cuenta maestra que esa EPS tiene destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas, la cual se encontraba embargada por orden judicial, señaló que la liquidación de la prestación realizada no se encontraba ajustado, ya que la misma liquidada en debida forma, ascendía a \$3.766.619, al haberse presentado una variación de su IBC durante el periodo comprendido entre el mes de abril de 2016 y el mes de marzo de 2017, aunado a que no había lugar a condenar por actualización monetaria.

CONSIDERACIONES

La presente acción se inició con base en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

“ARTÍCULO 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.- Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

"e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

En el presente caso se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal g) del artículo antes transcrito, en razón a que conforme se avizora en los antecedentes de esta decisión la demandante señala que las accionadas han omitido el pago de licencia de maternidad.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 1438 de 20118 prevé que “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 7 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”

Conforme lo expuesto ha señalado la Corte Constitucional que la incapacidad tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, razón por la que resulta lógico que en cumplimiento de dicha premisa sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, conforme al procedimiento allí previsto.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se observa que no existió reparo frente a la existencia de la licencia reclamada, observándose que Cafesalud EPS acepta no haber realizado el pago de la misma ante la congelación de sus cuentas, por lo anterior, en primer lugar habrá de referirse respecto de la liquidación de dicha licencia.

I. Liquidación de la Licencia de Maternidad

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1° de la Ley 1468 del 2011 estableció que “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar el descanso...”.

El artículo 207 de la Ley 100 de 1993 indica que “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC.”

El artículo 63 del Decreto 806 de 1998 establece que para el reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad la afiliada **debe haber cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.**

*Por otra parte, el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 47 del 2000 señaló que “Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, **haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso**, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión”.*

De la anterior normatividad se extrae que el régimen contributivo reconoce y paga a través de las entidades promotoras de salud la licencia de maternidad que esté a cargo de la EPS. En el presente caso se observa que la accionante tuvo a su hija (o) el 17 de marzo del 2017 como se observa de historia clínica visible a folio 10 del plenario y que además cotizó durante todo el período de gestación, como se evidencia en planilla de pago de aportes visible a folio 3 del expediente; por lo que se equivoca la EPS cuando indica que el valor a reconocer por concepto de licencia bajo estudio es menor teniendo en cuenta el cambio del IBC, ya que es clara la norma en señalar que dicha licencia se liquida con el salario que se **devenga al momento de entrar en disfrute de la licencia** y la demandante para la época se encontraba devengando \$737.717, salario que fue el tomado por la superintendencia al liquidar la prestación bajo estudio.

No obstante lo anterior y liquidada la licencia en los términos del artículo 236 del CST, teniendo en cuenta para el efecto como se dijo el salario de \$737.717 y por 155 días respecto de lo cual no hubo reparo, se observa que el valor por tal concepto asciende a \$3.959.081, habiendo lugar a **modificar** el numeral tercero de sentencia impugnada en tal sentido.

Ahora en cuanto la actualización monetaria, no será objeto de revocatoria como lo pretende el impugnante como quiera que esta es procedente frente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, máxime cuando en este caso, se pretende el pago de una licencia causada desde el año 2017.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la parte pertinente del numeral TERCERO de sentencia de fecha 31 de marzo de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional de Conciliación, para en su lugar señalar que el valor de la licencia reclamada, asciende a \$3.959.081.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión objeto de pronunciamiento.

TERCERO: SIN COSTAS en ésta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: DIAN

DEMANDADO: CAFÉSALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2021 01658 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 2 de febrero de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual, accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CAFESALUD EPS, reembolsar a la entidad demandante la suma de \$451.384, junto con indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones expuso la actora, que la funcionaria Leane Carolina Prasca, se encuentra vinculada laboralmente a dicha entidad en el cargo de Gestor II código 302, grado 2, que se encontraba afiliada a Cafesalud EPS para el año 2017 y utilizó los servicios médicos de dicha EPS generando incapacidad desde el 18 de marzo al 16 de abril de 2017, la que fue cubierta por esa entidad como consta en comprobantes de nómina. Indica que a la fecha de presentación de la solicitud, la demandada no ha efectuado el pago total de incapacidad y adeuda la suma de \$451.240.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 2 de febrero de 2021, resolvió acceder a las súplicas de la demanda, condenando a la EPS CAFESALUD, al pago de \$451.384 debidamente indexada y junto con intereses moratorios a partir del 27 de junio de 2018.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada CAFESALUD EPS S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada como quiera que efectuó un pago parcial de la incapacidad reclamada y para realizar el restante, la demandante debe hacerse parte del proceso liquidatorio de dicha EPS y tampoco hay lugar a condenarla al pago de intereses moratorios ni indexación.

CONSIDERACIONES

La presente acción se inició con base en lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos:

“ARTÍCULO 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.- Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

"e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

En el presente caso se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal g) del artículo antes transcrito, en razón a que conforme se avizora en los antecedentes de esta decisión la demandante señala haber pagado el valor total de la incapacidad que le fue generada a una de sus servidoras.

En este caso la DIAN pretende que CAFESALUD EPS pague a su favor la suma de \$451.240 generada por el saldo la incapacidad de la funcionaria Carolina Prasca, frente a lo cual la EPS accionada señala que para efectuar dicho pago, la demandante se debe hacer parte del proceso liquidatorio del que es objeto dicha EPS.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 1438 de 20118 prevé que “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.

Conforme lo expuesto ha señalado la Corte Constitucional que la incapacidad tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, razón por la que resulta lógico que en cumplimiento de dicha premisa sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, conforme al procedimiento allí previsto.

Respecto al primer punto de inconformidad del impugnante, referente a que la demandante debe hacerse parte en el proceso liquidatorio, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

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

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

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

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

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

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por la intervenida, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación, por ende este argumento no está llamado a prosperar.

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios reclamados, se encuentra que, el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, prevé que el pago de incapacidades se debe efectuar por parte de la EPS en un plazo no mayor a 5 días hábiles, vencidos los cuales, la EPS obligada al pago de la incapacidad deberá reconocer y pagar intereses moratorios, señala la norma en cita:

Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. *A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante, **será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en Reglamentario del Sector Salud y Protección Social** un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC.*

La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1. *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. (negrilla fuera del texto original).*

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que los intereses moratorios se causan cuando **existe una tardanza en el pago de las prestaciones económicas**, situación que no aconteció en el presente caso, en el cual se reclama, la diferencia entre lo pagado por la entidad demandante y lo reembolsado por la EPS demandada, dado el pago parcial de la incapacidad realizado por esta última, razón por la cual, se **revocará**

la condena impuesta, por este concepto y se confirmará en lo demás la misma, como quiera que la indexación es procedente para suplir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** la sentencia proferida el 2 de febrero de 2021, por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada, CAFÉSALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia impugnada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.


LORENZO TORRES FUSSY
MAGISTRADO