



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **YENCY LORENA BASANTE VARGAS** contra **SOLASERVIS SAS y ACTISAS** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con q integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora YENCY LORENA BASANTE VARGAS por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., para que

¹ «Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de abril de 2013 al 30 de enero de 2019 y solidariamente responsable a ACCIONES EFECTIVAS INTEGRALES S.A.S. y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS SAS, coexistiendo contratos, al prestarse los servicios en misión a las demandadas.

Como consecuencia de lo anterior, se condene solidariamente a las demandadas al pago de salarios del 1° de abril de 2018 al 30 de enero de 2019; a pagar cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones causadas por los años 2018 y 2019; la sanción por no pago sobre los intereses a las cesantías, sanción moratoria, sanción por no consignación de cesantías, se reliquiden y paguen las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios de los años 2015 a 2017, tomando como factor salarial los sobresueldos relacionados en los hechos, así como la compensación en dinero de las vacaciones de los años 2015 a 2018, los aportes a pensión a pensión que se encuentren pendientes, se indexen las condenas impuestas, se reconozca el pago de la indemnización por despido injusto, incluyendo el daño moral; el reconocimiento del calzado y vestido de labor, gastos de desplazamiento para regresar a su ciudad natal, se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 14 a 18 de la carpeta 04 del expediente digital, que en síntesis advierten que, el 31 de octubre de 2011 celebró convenio de trabajo asociado con la liquidada, Cooperativa de Trabajo Servisucoop Cta; que el convenio se mantuvo hasta el 31 de marzo de 2013; que el cargo desempeñado en la Cooperativa fue el de auxiliar administrativa; que entre sus funciones se encontraba la ejecución de procesos de contratación con



otras empresas; que prestó sus servicios como analista de nómina en la empresa Solaservis; que Roque Bautista Bustos es el representante legal de la CTA y de Solaservis; que recibía órdenes de María Cecilia Buitrago Murcia o cualquier empleado de Servisucoop CTA durante su existencia; que, Buitrago Murcia se encargó de enlazar a las empresas usuarias con el conjunto empresarial Solaservis y Actisas; que el 1° de abril de 2013 suscribió contrato de obra o labor con la empresa Solaservis como trabajadora en misión, es decir, al día siguiente de la finalización del convenio de trabajo asociado con Servisucoop; que estando vinculada a Solaservis sus labores continuaban con la Cooperativa, hasta su liquidación; que prestó sus servicios como trabajadora de plata de Solaservis; que, a pesar de haber suscrito contrato de obra, el contrato era indefinido, al ser analista en una empresa temporal; que el 30 de marzo de 2014 Solaservis le dio por terminado el contrato de obra; que el 1° de abril de 2015, 1° de junio de 2015 y 1° de junio de 2016 celebró sendos contratos de obra o labor contratada y a su turno finalizados el 30 de mayo de 2015, 30 de mayo de 2016; Solaservis efectuó los pagos entre 2015 y 2017, pero no en la liquidación de prestaciones sociales; que recibió en enero de 2015, febrero y diciembre de 2016 y diciembre de 2017 retribución a su buena gestión y los cuales no fueron tenidos en cuenta para cotizar al sistema de seguridad social; que, el 1° de abril de 2018 le fue exigido prestar sus servicios en Actisas en misión como analista de nómina; que, el 30 de enero de 2019 Solaservis terminó el contrato por finalización de la obra; que el vínculo terminó por una serie de actos constitutivos de acoso laboral; que, fue obligada a asumir desde el 1° de abril de 2018 la dirección de nómina de Actisas, empresa controlada por la señora María Cecilia Buitrago Murcia; que ostentó la calidad de trabajadora en misión de Actisas y de planta en Solaservis; que fue presionada a trasladarse de Cali a Bogotá y después de terminarse el contrato, no asumió los gastos de regreso; que el último lugar donde prestó los



servicios fue Bogotá; que la señora Buitrago Murcia sostuvo un trato desigual entre ella y los demás trabajadores; que no le fue aceptada una renuncia motivada con la promesa de vincularla con Actisas en forma exclusiva; que le fue pagada indemnización por despido injustificado; que a la firma de cada contrato se suscribió un pagaré en blanco, los cuales fueron pedidos a la finalización del vínculo; que, a la fecha de radicación de la demanda, no le han sido devueltos los títulos valores; que radicó solicitud ante el Ministerio de Trabajo y el 17 de mayo de 2019 las empresas fueron requeridas para el pago de acreencias.

CONTESTACIÓN: La empresa **ACCIONES EFECTIVAS E INTEGRALES S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que entre Acciones Efectivas e Integrales y Soluciones Laborales y de Servicios S.A.S., no existe ni ha existido relación comercial alguna. Como medios **exceptivos** propuso las de ausencia de relación laboral con el demandante, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, falta de legitimación en la causa por pasiva (carpeta 07 del expediente digital).

SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., sentó su oposición frente a las pretensiones, alegando para tal efecto que, entre las partes solo se celebraron sendos contratos de prestación de servicios de obra o labor contratada en misión de Solaservis. Como **excepciones** propuso la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, mala fe del demandante, límites a la indemnización moratoria, inexistencia de despido injusto, excepción genérica, prescripción genérica, buena fe del demandado exonera de indemnización moratoria, compensación, limitación a la indexación laboral; en los contratos de obra o labor no se aplica las normas laborales del preaviso; inexistencia de afectación a los derechos



laborales del demandante por el tipo de contrato de obra o labor; cumplimiento de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico para establecer pagos no constitutivos de salario entre empleador y trabajador en contrato laboral; bonificaciones por mera liberalidad; inexistencia de acoso laboral por parte de funcionarios de Solaservis; dotación no se puede compensar en dinero (fl. 25 carpeta 07 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de abril de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Solaservis S.A.S, entre el 1 de abril de 2013 y el 30 de enero de 2019, en el cargo de analista de nómina, devengando un salario de \$1.570.000; **condenó** a Solaservis S.A.S. a reconocer y pagar \$3.134.254,³⁸ por reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa; **declaró** probada parcialmente la excepción de pago respecto a la indemnización por despido sin justa causa y probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y pago respecto de las demás pretensiones; **absolvió** a Solaservis S.A.S. de las demás pretensiones; **absolvió** a Actisas de las pretensiones; **condenó** en costas a Solaservis.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...la demandante en su interrogatorio de parte indicó que celebró contrato con Solaservis el cual era de tiempo completo y nunca se logró contrato con Acti S.A.S indicó que su jefe directa era María Cecilia Buitrago quien estaba vinculada con Solaservis, pero tenía comunicación con otras áreas y personal de Acti S.A.S. Realizado el análisis sistemático y conjunto de los medios probatorios se establece para el despacho que si bien la demandante desarrolló funciones de analista de nóminas para Acti S.A.S eso esta verificado dichas funciones las desarrolló en virtud del contrato



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrado con Solaservis y la alianza estratégica que éste, que está demandada suscribió con Acti S.A.S, no por coexistencia de contrato ni menos aún por, porque fuera enviada como trabajadora en misión, no hay prueba alguna de ello pues nótese que no se pudo establecer una separación concreta del tiempo, energía y dedicación destinados a una y otra actividad en las compañías, carga probatoria qué les encontraba en cabeza la parte actora ...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **demandante**, sienta su inconformidad frente a la sentencia emitida, al estimar que, se debe revocar lo resuelto frente a la pretensión declarativa de solidaridad y coexistencia de contratos, al desarrollar la demandante unas labores en forma permanente y no temporal, además, de tenerse como una trabajadora en misión cuando no lo era y por ello, no podía enviarse a trabajar en misión; por otro lado se demostró la solidaridad entre Solaservis y Acti SAS con relación a sus obligaciones, constatándose una unidad de empresa entre las temporales; que Solaservis no podía enviar a Yency a trabajar en Acti SAS por el hecho de ser temporales, ya que esto es una intermediación y se genera una solidaridad; que las labores desplegadas para las dos empresas convocadas, se realizaba en un tiempo superior al legal, sin que le fueran reconocidas horas extras, ni absolutamente nada, a pesar de beneficiarse de sus servicios; en lo tocante a la reliquidación de prestaciones sociales informó que, a pesar de no efectuarse el pago en forma periódica, este rubro si era tenido en cuenta a la hora de efectuar el pago de aportes al sistema de seguridad social, a pesar de ser un pago salarial y realizarse su reconocimiento una vez al año con el fin de evitar la carga prestacional; que al contestar la demanda Solaservis, esta aceptó que los pagos efectuados eran enfocados a ser salario, al ser retribución a su trabajo; respeto a la dotación, indicó que, *“demostrar un perjuicio de deterioro de la ropa particular en relación con la ropa de trabajo pues es, es una carga probatoria yo, yo diría que mandar a recoger”*, por lo que, el juramento estimatorio rendido y con el cual se acredita el



cómo se calculó o proyectó este valor; que se tuvo inconvenientes para acreditar el desplazamiento, sin embargo, el Juez debió desentrañar las condiciones particulares para fijar tal concepto; que se debó incluir los daños morales, al momento de reliquidar la indemnización por despido, encontrarse acreditado con la prueba testimonial que a la actora se le entorpeció el trabajo, que deseaba renunciar y no pudo hacerlo, sin embargo, fue despedida con posterioridad, sin comparecer ante el Comité de convivencia laboral por el acoso laboral sufrido, por lo que, se debe reconocer las prestaciones e imponer las sanciones solicitadas.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegaciones de instancia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte demandante en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si es viable declarar la coexistencia de contratos entre la demandante y la empresa Actisas y Solaservis S.A.S., esto es, si la



demandante se desempeñó de manera simultánea como analista de nómina de las demandadas entre el 1° de abril de 2018 y el 30 de enero de 2019 y consecuencia de ello, fulminar condena por las acreencias laborales causadas en dicho interregno de tiempo; en segundo lugar, se deberá determinar si procede la reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta los pagos efectuados a la demandante; si es procedente ordenar el reconocimiento de perjuicios morales y dotaciones, así como, la reliquidación de la indemnización por despido.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia en esta segunda instancia, la existencia del contrato laboral declarado entre la demandante y Solaservis S.A.S., del 1 de abril de 2013 al 30 de enero de 2019, en el cargo de analista de nómina y devengando como salario la suma de \$1.570.000, pues fue así declarada por el Juez de Conocimiento, sin que frente a esta se esgrimiera oposición alguna, por lo que, no resulta necesario ahondar frente a este aspecto.

DE LA COEXISTENCIA DE CONTRATOS

Con miras a resolver la litis planteada, la Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial Convenio de trabajo asociado celebrado entre la demandante y la Cooperativa Servisucoop CTA (fl. 32 carpeta 4 del expediente digital); requisición de personal (fl. 34 carpeta 4 del expediente digital); desprendible de compensaciones emitidas por Servisucoop CTA (fl. 35 a 37 y 43 carpeta 4 del expediente digital); correos electrónicos (fl. 43 a 127, 155 a 173, 175, 177 a 2218; 2428 a 2435 carpeta 4 del expediente digital); certificación emitida por Servisucoop CTA (fl. 128 carpeta 4 del



expediente digital); copia de trámite de tutela (fl. 130 a 141, 143 a 154 carpeta 4 del expediente digital); carta de terminación del convenio de trabajo emitido por Servisucoop CTA (fl. 142, 174, 176 carpeta 4 del expediente digital); solicitud de pago de incapacidades presentado por Servisucoop CTA (fl. 2275 y 2276 carpeta 4 del expediente digital); contrato de trabajo por duración de la obra suscrito el 1 de abril de 2013 entre la actora y Soluciones Laborales y Servicios SAS (fl. 2277 carpeta 4 y fl. 69 de la carpeta 7 del expediente digital); cláusulas adicionales (fl. 2282 carpeta 4 del expediente digital); desprendible de pagos de salarios emitido por Soluciones Laborales y Servicios S.A.S. (fl. 2283 a 2334, 2400 a 2409 carpeta 4 del expediente digital); orden de exámenes al actor (fl. 2354 carpeta 4 del expediente digital); propuesta de arreglo para el pago de acreencias (fl. 2356 carpeta 4 del expediente digital); liquidación de prestaciones sociales (fl. 2363 carpeta 4 del expediente digital); extracto de cuenta del banco BBVA (fl. 2410 a 2413 carpeta 4 del expediente digital); reporte individual de pago de aportes al sistema de seguridad (fl. 2414 a 2416 carpeta 4 del expediente digital); reporte de pagos recibidos por SURA medicina prepagada (fl. 2417 a 2419 carpeta 4 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 2420 a 2423 carpeta 4 del expediente digital); carta de terminación del contrato del 18 de enero de 2019 (fl. 2424 carpeta 4 y fl 95 de la carpeta 07 del expediente digital); certificación emitida por Soluciones laborales y Servicios SAS (fl. 2426 carpeta 4 del expediente digital); liquidación definitiva de prestaciones (fl. 2427 carpeta 4 del expediente digital); comunicación enviada por Solaservis a la demandante (fl. 2435 carpeta 4 del expediente digital); contrato de obra suscrito entre la demandante y Solaservis SAS el 1 de abril de 2014 (fl. 2442 carpeta 4 y fl. 81 de la carpeta 7 del expediente digital); carta de cancelación del contrato de obra o labor de 2014, 2015, 2016 (fl. 66, 80, 88 de la carpeta 07 del expediente digital); acuerdo voluntario de auxilio extralegal no



constitutivo de salario suscrito entre la demandante y Solaservis S.A.S. (fl. 76, 86, 104, 110 de la carpeta 07 del expediente); digital); contrato de obra o labor del 1 de junio de 2015 (fl. 89 de la carpeta 07 del expediente); otrosí a contrato suscrito el 28 de septiembre de 2015 (fl. 92 de la carpeta 07 del expediente); carta denominada “*oportunidad de mejora para el cumplimiento de sus funciones en relación al informe presentado por el área de gestión de talento humano de la empresa cliente Cosmitet para la cual usted presta sus servicios en misión al presentarse error grave...*” del 21 de enero de 2016 (fl. 93 de la carpeta 07 del expediente); carta de oportunidad de mejora del 2 de diciembre de 2015 (fl. 94 de la carpeta 07 del expediente); contrato de obra celebrado con Solaservis el 1 de junio de 2016 (fl. 97 de la carpeta 07 del expediente); novedad de nómina – aumento de salario a la demandante (fl. 101, 106 de la carpeta 07 del expediente); otrosí a contrato suscrito el 3 de diciembre de 2014, 20 de diciembre de 2016, 23 de febrero de 2016 (fl. 107, 108, 109 de la carpeta 07 del expediente); planilla de pago de aportes al sistema de seguridad social (fl. 112 a 150 de la carpeta 07 del expediente); desprendibles de nómina (fl. 151 a 248 de la carpeta 07 del expediente); liquidación definitiva de prestaciones (fl. 249 de la carpeta 07 del expediente); relación de pagos efectuados a la demandante (fl. 250 de la carpeta 07 del expediente); comunicación de publicación del reglamento interno (fl. 259 de la carpeta 07 del expediente); certificación frente a correo electrónico y cargo de analista de nómina (fl. 1 de la carpeta 15 del expediente); certificación de trabajadores encargados de nómina de la empresa Acciones Efectivas e Integrales S.A.S. (fl. 2 a 5 de la carpeta 15 del expediente); certificación de dominio y factura de compra del mismo (fl. 6 y 7 de la carpeta 15 del expediente); transferencia bancaria y facturas de compra (fl. 8 a 13, 15 a 18 de la carpeta 15 del expediente); certificación bancaria de un tercero (fl. 20 de la carpeta 15 del expediente); pólizas adquiridas por Solaservis (fl. 21 a 56, 60, 64, 66,



67, 69 de la carpeta 15 del expediente); certificación emitida por Compañía Mundial de Seguros (fl. 58, 62, 65, 68, 70 de la carpeta 15 del expediente).

Ahora bien, reclama el recurrente en la alzada se declare la solidaridad y la coexistencia de contratos con las convocadas a juicio, al estimar que Yency Lorena prestó sus servicios en forma permanente para Solaservis y Actisas, y pese a ello, solo le fueron reconocidas las acreencias laborales, por la primera empresa, quedando pendiente el pago de las acreencias causadas durante dicho interregno de tiempo con Actisas.

En primer lugar, se debe traer a colación lo preceptuado en el artículo 25 del C.S. del T., que, permite que el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, sin que pierda su naturaleza.

A su turno, el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, enseña que,

“Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios a favor de uno solo”.

De acuerdo a las disposiciones legales y de las pruebas recaudadas en el decurso procesal se tiene que, la señora Yency Lorena, celebró sendos contratos de obra o labor con la empresa, Soluciones Laborales y de Servicios Solaservis S.A.S, de la siguiente manera;

- El 1 de abril de 2013, para desempeñar el cargo de auxiliar administrativa (fl. 69 carpeta 7).



- El 1 de junio de 2014, para desempeñar el cargo de auxiliar administrativa (fl. 81 carpeta 7).
- El 1 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo (fl. 89 carpeta 7).
- El 1 de junio de 2016, para desempeñar el cargo de analista de nómina (fl. 97 carpeta 7).

Ahora bien, el objeto contractual, pactado en cada uno de los contratos suscritos, estableció en su cláusula primera,

“PRIMERA. OBJETO. EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR para que este desempeñe en forma exclusiva las funciones inherentes al cargo que le sea asignado de conformidad con el contrato que tiene EL EMPLEADOR con la EMPRESA Usuaria, para desarrollar temporalmente las actividades contenidas en él (sic) objeto, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo, de conformidad con los Reglamentos, órdenes e instrucciones que le imparta EL EMPLEADOR directamente o a través de sus Representantes, observando en su cumplimiento la diligencia y el cuidado necesarios. PARÁGRAFO: Las partes acuerdan expresamente que EL TRABAJADOR durante la vigencia de este contrato de trabajo, no podrá prestar directa ni indirectamente sus servicios laborales a otros contratantes ni aportar su fuerza de trabajo a Cooperativas De Trabajo Asociado en forma que afecte su salud u ocasione el desgaste de su organismo y que esto le impida prestar eficazmente el servicio contenido en este contrato...”

A su turno, el representante legal de Soluciones Laborales – Solaservis S.A.S., señor, José Becerra Guerrero, al momento de rendir su declaración informó que, se encuentra vinculado con dicha empresa desde agosto del año 2015, conoció a la demandante, por cuanto *“laboró directamente con nosotros y pues obviamente tuvo un trato personal y laboral con la demandante”*, en principio como analista y posteriormente como analista de nómina, entre el 1° de abril de 2013 y el 30 de enero de 2019, mediante cinco contratos de trabajo; que en principio la actora prestó su fuerza laboral en la ciudad de Cali, en la Clínica Rey David,



es decir, para el interregno del 1° de abril a 30 de mayo de 2015, después se trasladó a Bogotá, a trabajar directamente con la empresa como analista de nómina.

En lo tocante a la relación que ata a Solaservis con Acciones Efectivas, informó que las empresas, tenían *“un acuerdo de alianza estratégica desde febrero de 2017”*, consistiendo dicho acuerdo en *“compartimos en algunos momentos gastos, podemos prestarles el personal para ejecutar el objeto, es como facilitar la parte operativa de las empresas”*, relatando que en el caso particular de la demandante, esta prestó sus servicios a Servicios Integrales *“de manera ocasional y eventual, no habitual”* pero sí colaboró con algunas actividades en su momento; sin embargo, tales laborales eran desarrolladas por orden de Solaservis, directamente por el jefe de gestión humana o por el jefe de nómina, no era enviada en misión, sino para que desarrollara funciones de acuerdo de la alianza celebrada; que la empresa le asignó un correo institucional para desarrollar su labor; que cuando le era solicitado colaborar con la empresa Acti SAS, estas labores las desarrollaba dentro de su jornada laboral; que la empresa reconoció a la demandante bonificaciones extralegales por valores superiores a los \$20.000.000 entre los años 2015 y 2017, sin embargo, tales pagos, se efectuaron por mera liberalidad y de acuerdo al acuerdo celebrado entre las partes, de que este no constituía factor salarial; que Solaservis y Acti SAS, funcionaban en el mismo inmueble.

A su turno, Javier Jurado, en calidad de representante de la compañía Acciones Efectivas e Integrales, informó que la empresa presta servicios temporales, debidamente autorizada y a pesar de que dijo desconocer el acuerdo entre las convocadas, informó que, este era operativo; que, entre esta empresa y la actora, no se celebró ningún tipo de acuerdo para prestar servicios, ya que, en ningún documento o base de datos



reposa tal información; sin embargo, de acuerdo a la documental acopiada al proceso, podía concluir que, *“se podría colaborar simultáneamente entre las temporales para facilitar operatividad, pero desconozco el contenido y el alcance de referido contrato de alianza estratégica...”*.

Yency Lorena Basante Vargas, informó haber suscrito contrato con Servisucoop en 2011, pero al presentarse la liquidación de la empresa, se creó automáticamente Solaservis y suscribió contrato el 1° de abril de 2013, el cual se fue prorrogando cada año, entre sus funciones estaba la de realizar *“procesos de nómina, mensajería, conciliaciones de cartera, procesos laborales de ambas partes tanto de Servisucoop como de Solaservis”*, que el vínculo laboral se mantuvo entre el 1° de abril de 2013 y el 30 de enero de 2019, cuando le dieron por terminado el contrato, por supresión del cargo.

Referente a la prestación de los servicios a favor de las convocadas a juicio, informó que, *“desde el 1 de abril de 2018 hasta el 30 de enero del 2019 era la coordinadora o analista de nómina de Acti S.A.S manejaba las 21 o 23 empresas clientes, manejaba todo el proceso de nómina y archivo de Acti S.A.S y con Solaservis también manejaban algunos momentos nóminas de Solaservis, capacitaba a personal de Solaservis para las nóminas y en algunos momentos algunos requerimientos que nos hacían de Solaservis tocaba dejar a un lado las, por el momento digamos una o dos horas, 3, 4 horas dejar las funciones de Acti S.A.S para brindar como tal las funciones de Solaservis”*.

Que Solaservis y Acti SAS funcionaban en el mismo lugar y los trabajadores de estas empresas, eran separados únicamente por los escritorios; que las dos empresas le asignaron un correo electrónico para desempeñar sus labores; que recibía órdenes únicamente de María Cecilia Buitrago Murcia; que no leyó los contratos, que tampoco sabía que ellos contenían una cláusula de exclusividad; que suscribió



los acuerdos de no factor salarial; que Solaservis le pagó primas, vacaciones, intereses de cesantías, y prestaciones durante el vínculo laboral y de acuerdo a lo acordado; no presentó ninguna reclamación escrita a ninguna de las demandadas, únicamente verbal; que fue Solaservis quien tramitó un proceso disciplinario en su contra y que no terminó en nada; que no sabía del acuerdo o contrato de colaboración celebrado entre las demandadas y no se encuentra tramitando una pérdida de capacidad laboral; agregando a su dicho que el servicio prestado a Soluciones Laborales fue a tiempo completo.

Con relación a la prueba testimonial recaudada, tenemos que, Daniel Arturo Suárez Olano fue compañero de la demandante y empezó a trabajar en Solaservis el 19 de septiembre de 2016 y lo trasladan a Actisas el 31 de diciembre de 2017 hasta el 31 de octubre de 2019, informó que, las empresas prestaban sus servicios en las mismas instalaciones; que Yency Lorena fue vinculada en Cali como analista de nómina del Departamento del Valle y de vez en cuando ir al Ministerio de Trabajo de dicha ciudad; que las funciones desplegadas por la ex trabajadora eran las mismas en las dos empresas, generar la nómina; que le ofrecieron el cargo en la ciudad de Bogotá y ella aceptó; que ella iba a presentar la renuncia, pero él mismo le dijo que esperara un poco y después le dieron la carta de terminación del contrato; que el horario desempeñado era 7 de la mañana a 6 de la tarde, pero en ocasiones salía a las 9, 10 o 12 de la noche; que tampoco recibió dotación durante el vínculo laboral.

Al auscultársele al declarante respecto a los nombres de Sindy Gutiérrez, Deisy Mendoza, Diana Escobar, Omar Luengas, Cristina Chaparro, Armando Quiroga, Yeison Rodríguez, Jasbledy, informó que estos se desempeñaron en el área de gestión humana, contratación, y como analistas de nómina, adicionales a la demandante.



Yenny Paola Romero Rodríguez, conoció a la demandante, que prestó los servicios como analista de relaciones laborales en Acciones Efectivas desde abril a diciembre de 2018 y no en Solaservis; que las empresas funcionaban en el mismo domicilio; que Yency trabajaba con Solaservis y manejaba la nómina de dicha empresa y en Acciones Efectivas era la Coordinadora de Nómina, aunque, habían más analistas, aunque ella tenía la mayoría de las nóminas; que la jefe de la demandante era María Cecilia y el servicio era prestado en forma permanente en Actisas; no sabe cuál era la remuneración que recibía la trabajadora; que el horario era de 7 de la mañana a 5:30 de la tarde de lunes a viernes y con Actisas era durante la jornada laboral, pero también fuera de ella; que ella no le daba órdenes a la demandante y tampoco tiene conocimiento del convenio celebrado entre las empresas.

Por otro lado, se tienen sendas certificaciones emitidas por el Representante Legal de Acciones Efectivas Actisas, quien señala que *“la dirección de correo electrónico nonima@actisas.co es de propiedad de la sociedad que represento, al ser un dominio privado. Del mismo modo, manifiesto al Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, que el referido correo electrónico no ha sido asignado de forma exclusiva, por lo que cualquier trabajador de la empresa que haya desempeñado y/o desempeñe el cargo de ANALISTA en el área de nómina podía y puede hacer uso del mismo para consultas, recibir y contestar requerimientos o solicitudes en general”* y para dar peso a su afirmación, acopió al cartulario, la factura del pago de estos servicios (fl. 7 del archivo 15).

Adicionalmente, se indicó en la misiva que, *“para el período comprendido entre el 22 de mayo de 2018 y el 02 de octubre de la misma anualidad, ACCIONES EFECTIVAS E INTEGRALES S.A.S., no tenía contratado personal para la posición o cargo de Analista de nómina...”* (folio 1 archivo 15).



Para dar peso a la afirmación certificada, ACTISAS allegó certificados de trabajadores, que prestaron sus servicios como analista de nómina sino como, analista, analista de nómina y cartera y coordinador de nómina, para el interregno del 22 de mayo de 2018 a septiembre de 2019 (fl. 2 a 5 del archivo 15).

Visto lo anterior, no cabe duda para la Sala que la demandante no desempeñó el cargo de Analista de Nómina de la empresa Actisas, en el periodo por ella indicado, pues si bien, señaló que desde el 1° de abril de 2018 al 30 de enero de 2019, prestó sus servicios para la enunciada sociedad, Actisas no tenía dentro de sus cargos, el de analista de nómina, de acuerdo a las certificaciones allegadas.

Por otro lado, el apoyo prestado a Actisas para la elaboración de planillas de nóminas, fue ejecutado, por pedido de su empleador – Solaservis -, para desarrollar dentro de su jornada laboral y en forma excepcional, por otro lado, pero no menos importante, quedó demostrado, que los contratos celebrados entre las partes, presentaban cláusula de exclusividad, la cual, impedía que la señora Basante Vargas, prestara los servicios para otra persona, bien sea natural o jurídica, situación, que a todas luces, de entrada, impediría la declaratoria de una coexistencia de contratos.

Adicionalmente, en el decurso procesal, también quedó demostrado, que la demandante no fue enviada en misión a Actisas, sino que, tal encomienda o labor, se itera, se desplegó por órdenes de su empleador.

Por otro lado, la actora, no era la única encargada de realizar las nóminas, pues, de las declaraciones de los testigos y las pruebas documentales, previamente reseñadas, se tiene que, las empresas contaban con personal para desplegar tales labores y por tanto, no



recaía dicha labor en forma exclusiva en una persona y mucho menos, se ejercían tales labores en forma permanente.

Aún en gracia de discusión, se tuviera que en efecto, la demandante prestó sus servicios para Actisas, tampoco encontraría esta Sala de Decisión acreditados los extremos de la relación laboral que ató a las partes en contienda, dado que, ninguna de las pruebas allegadas, dan fe de los extremos suplicados en el libelo genitor, ni el salario devengado para dicha empresa, situaciones que resultan, trascendentales para realizar las respectivas liquidaciones, dado que al juez del trabajo le está vedado hacer cálculos y suposiciones.

En consecuencia y al no probarse que la demandante desempeñara el cargo de analista de nómina entre el 1° de abril de 2018 y el 30 de enero de 2019 a favor de Actisas, no hay lugar a declarar la coexistencia de contratos.

DE LA SOLIDARIDAD

Reprocha la parte demandante, no se hubiese condenado a Actisas solidariamente a pagar las acreencias labores causadas a favor de la señora Basante Vargas, sin embargo, del escrito genitor, no se avizora, el tipo de solidaridad reclamada en este evento, por lo que, esta Sala de Decisión, procederá a hacer un estudio frente a los contratistas independientes, se encuentran definidos o regulados en el artículo 34 del C.S.T., que a la letra expone;

*“1. Son contratistas independientes y, por tanto, **verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios**, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para*



realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (...)"

Ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que, por su esencia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. Las dos relaciones, a no dudarlo, son disímiles en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio (sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicado 55498).

En este punto, debe resaltarse que, la característica principal de los contratistas independientes es que asumen el riesgo de realizar una labor a cambio de un precio, el cual es pactado o establecido mediante un contrato con el dueño de la obra y consecuencia de ello, el objeto o actividad no es la intermediación laboral, sino el despliegue de una labor o servicio determinado, gozando para tales efectos de autonomía técnica, administrativa y directiva².

Por lo que, de presentarse, conforme al artículo 34 del CST, responderá únicamente de manera solidaria, pero en manera alguna tomará la

² Sentencia SL 4162-2021



calidad de empleador.

En este punto, esta figura se funda en el deseo de la empresa de no realizar en forma directa actividades de su proceso productivo y consecuencia de ello, delegar o asignar dicha tarea a otra empresa³.

Así, y pese a encontrarse diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial, puede presentarse confusión frente a cuál de ellas es la que regula una relación de trabajo, más si se tiene en cuenta que ambas poseen consecuencias legales disímiles para el beneficiario del servicio, por lo que, ha de ser el juez quien determine, con base en los elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada caso, la figura aplicable. Así lo ha establecido el Tribunal de Casación al instituir,

*“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, **sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.**”* (Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, reiterada en sentencia SL868-2013 Radicación n° 56580 de 13 de noviembre de 2013).

Para tal efecto, se debe recordar que, en cuanto a la solidaridad en tratándose del contratista independiente, el artículo 34 del CST, señala:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio

³ Sentencia CSJ SL4479-2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

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

Precepto legal, modulado e interpretado por la H. Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica, únicamente, cuando se constata una identidad tajante con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma, se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 7789 del 1° de junio de 2016, radicado: 49730, MP. FERNANDO CASTILLO CADENA, en la que hace alusión a la del 26 de marzo de 2014, radicado 39000, que indicó:

“No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.

(...)



Acerca del puntual aspecto que hoy ocupa la atención de la Sala, ya en sentencia de 26 de marzo de 2014 radicación 39000 la Corte se pronunció en los siguientes términos:

En decisión del pasado 20 de marzo de 2013, radicación 40.541, esta Sala recordó la doctrina en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.

*En esa ocasión, también se memoró que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.
(...)*

Se impone traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en torno a que no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”

Realizadas las anteriores precisiones, y atendiendo las posibles instituciones que se configuran en la ejecución de las relaciones de trabajo, en el *sub examine*, se tienen las siguientes circunstancias fácticas y probatorias.

Alegó Solaservis haber acuerdo de colaboración con Actisas, a fin de que esta empresa realizara determinadas labores, cuando así, lo requiriera, dado que, entre las dos empresas, celebraron contrato de arrendamiento y mantenían una relación comercial y de ayuda mutua.

Al respecto importa destacar por la Sala, que a pesar de alegarse el convenio de colaboración suscrito entre las convocadas, no se allegó documento alguno para acreditar tal afirmación y con las pruebas declarativas, estimadas, se tiene que, solamente el representante legal hizo alusión a la existencia del aludido contrato o convenio suscrito con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Actisas, dado que, ni la demandante, ni los testigos, ni tampoco el representante legal de Actisas tenían conocimiento de este, por lo que, en este aspecto, no se podría realizar mayor disquisición.

Pese a lo anterior, tiene esta Sala de Decisión que, el objeto social principal de la demandada ACCIONES EFECTIVAS E INTEGRALES S.A.S. - ACTISAS, como principal *“LA SOCIEDAD TENDRÁ POR OBJETO PRINCIPAL EL OUTSOURCING DE SERVICIOS CON TERCEROS BENEFICIARIOS, PARA COLABORAR TEMPORALMENTE EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES, MEDIANTE LA LABOR DESARROLLADA POR PERSONAS NATURALES CONTRATADAS DIRECTAMENTE POR LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, LA CUAL TIENE CON RESPECTO DE ÉSTA EL CARÁCTER DE EMPLEADOR. LA SOCIEDAD PODRÁ LLEVAR A CABO, EN GENERAL, TODAS LAS OPERACIONES, DE CUALQUIER NATURALEZA QUE ELAS FUEREN RELACIONADAS, CON EL OBJETO MENCIONADO, ASÍ COMO CUALESQUIERA ACTIVIDADES SIMILARES, CONEXAS O COMPLEMENTARIAS O QUE PERMITAN FACILITAR O DESARROLLAR ACTIVIDADES PRODUCTIVAS EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA ...”* (fl. 16 carpeta 7)

A su turno SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. - SOLASERVIS tiene como objeto social *“...LA SOCIEDAD TENDRÁ POR OBJETO PRINCIPAL Y ÚNICO, LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON TERCEROS BENEFICIARIOS PARA COLABORAR TEMPORALMENTE EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES, MEDIANTE LA LABOR DESARROLLADA POR PERSONAS NATURALES CONTRATADAS DIRECTAMENTE POR LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, LA CUAL TIENE CON RESPECTO DE ÉSTA EL CARÁCTER DE EMPLEADOR”*. (FL. 2227 de la carpeta 04).

Luego entonces, la naturaleza y por tanto el objeto social de las convocadas, se centran en la colocación o intermediación para la contratación de personal.

Pese a tener un objeto social similar, debe precisarse que, al haberse declarado por el juez de conocimiento una relación laboral entre la señora Yency Lorena con Solaservis y no haberse acreditado la



conurrencia de contratos en Actisas, cae por su propio peso, la solicitud de condena solidaria, al no haberse encontrado acreditado el servicio con dicha empresa temporal en misión, sino, se itera, enviada por su empleador para apoyar la dependencia de nómina.

BONO POR MERA LIBERALIDAD – INCIDENCIA SALARIAL

Al punto, primeramente resulta necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 127 del CST, al reseñar que *«constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (...)*».

A su turno, el artículo 128 del mismo compendio normativo establece que no constituirán salario *«las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones (...) y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco (...) auxilios habituales u ocasionales (...) cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación...»* (Resalta fuera de texto).

Diáfano es, que en tratándose de conceptos que componen los rubros salariales de los trabajadores en ejecución de sus funciones, y en el marco de un contrato de rango laboral, existen sendos conceptos que deben ser catalogados como retribución directa e incorporados para efectos de desplegar los pagos prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social.

De suerte que, erigido tal presupuesto, preciso resulta determinar si YENCY LORENA BASANTE VARGAS se vio beneficiada en el despliego



de los actos contractuales de tal concepto, y si el mismo fue indebidamente excluido por el empresa para efectos del cálculo de salarios y prestaciones sociales; emolumento que fue definido en los documentos contractuales de la demandante, como se vislumbran en los “ACUERDO VOLUNTARIO DE AUXILIO EXTRALEGAL NO CONSTITUTIVO DE SALARIO”, cambiando únicamente en lo atinente a las fechas de suscripción de los documentos; estipendio que a la letra señala:

- «1. EL EMPLEADOR otorgará una (sic) auxilio extralegal mensual en dinero, con un único y exclusivo fin, cual fuere, el mejoramiento de la prestación del servicio y el desempeño a cabalidad de sus funciones; auxilio extralegal no constitutivo de salario.
2. Dicho auxilio podrá ser de carácter habitual, es de naturaleza extralegal y sobre el cual las partes disponen expresamente que no constituya salario. Será destinado como auxilio extralegal para el transporte, alimentación y comunicaciones, en que deba incurrir el trabajador para la ejecución de las funciones para las cuales fue contratado, habida cuenta que dichos valores no tienen el sentido de enriquecer, aumentar o ingresar al patrimonio del trabajador, sino que le facilitarán la prestación del servicio en ejecución de las labores del contrato de trabajo.
3. También acuerdan las partes, que las sumas así recibidas, no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ni para liquidación y pago de aportes parafiscales, pues como se dijo anteriormente, éstos no constituyen salario.
4. Los viáticos de transporte o elementos de transporte, gastos de alimentación o los gastos de representación en los que deba incurrir el empleador para sufragar la mejor prestación del servicio a favor del trabajador tampoco son constitutivos de salario ni serán base para liquidar ni prestaciones sociales ni aportes parafiscales.
5. Los anteriores puntos son resultado de un acuerdo de voluntades, libre, voluntario y espontáneo que realiza el empleador con el trabajador, en concordancia con las normas que regulan esta materia.
6. El auxilio a que hace alusión el presente acuerdo, serán entregado mensualmente y regirá a partir de la fecha de firma y permanecerá hasta el día en que subsistan las cuales que le han dado lugar, por lo tanto si durante la ejecución del contrato de trabajo las causas que dieron lugar a este auxilio extralegal no subsistieren. EL EMPLEADOR podrá dejar de reconocerlas sin que constituya una disminución o desmejora en las condiciones contractuales del trabajador, por ser un auxilio extralegal y voluntario para la mejor prestación del servicio»



Precisado lo antepuesto y retomando los lineamientos normativos, esta Sala de Decisión resalta que la regulación en cita permite al empleador en ejercicio de sus facultades, y previo acuerdo con el trabajador, pactar la retribución de conceptos que carezcan de incidencia salarial, para así abstenerse de computarlos al momento de liquidar las prestaciones sociales. Lo anterior, a fin que el empleador no le niegue al trabajador nuevos ingresos que fueran diferentes a su remuneración básica, como lo estableció de antaño la H. Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia Rad. 5481 del 12 de febrero de 1993, al indicar:

«Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la ley 50 de 1990, puesto que dichos precepto no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador, o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. 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 la actividad del trabajador ya no sea 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 cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)» (Subraya fuera de texto)

Providencia reiterada en pronunciamientos como aquella del 24 de abril de 2007 M.P. Isaura Vargas Díaz, radicación 27851, y del 20 de octubre de 2009 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, radicación 35154.

De tal manera tal, que esta Colegiatura no puede entrar a negar a las partes la ejecución de las libertades sobre la cuantificación salarial, respetando el mínimo legal, que pueda hacer el empleador con el trabajador, acorde a los lineamientos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo al convenir que cierto beneficio extralegal no tendría incidencia prestacional.



Pese a lo anterior, no puede desconocer esta Sala de Decisión que, en los hechos, 25 a 28 y 30 del líbello genitor, la parte actora, indicó haber recibido la suma de \$22.000.000 en enero de 2015, la suma de \$25.000.000, para el 23 de febrero de 2016, con posterioridad la suma de \$25.000.000 para el 20 de diciembre de 2016 y finalmente, la suma de \$30.000.000 para el 4 de diciembre de 2017, frente a los cuales, Soluciones Laborales y Servicios – Solaservis, aceptó haberlos pagado y ratificó tal situación a la hora de rendir el correspondiente interrogatorio de parte, haciendo claridad en este último, que los pagos habían obedecido a una *“bonificación extralegal acordada con la trabajadora y pues que no constituía factor salarial en ese momento, era de mera liberalidad”*.

De acuerdo a los argumentos esgrimidos por la convocada a juicio, debe resaltar esta Sala de Decisión, que conforme a los nuevos lineamientos efectuados por la H. Corte Suprema de Justicia, los pactos de exclusión deben ser claros, expresos, precisos y detallados⁴, adicionalmente, en el sub examine, se tiene que las partes para el año 2016, habían acordado el pago de un salario mensual de \$1.200.000 y recibió en el mes de febrero y diciembre de la misma calenda dos pagos, por \$25.000.000, cada uno, es decir, una suma más de veinte veces superior a su salario, por lo que, a todas luces, esa *“bonificación”* no era pagada para suplir gastos de la ex trabajadora, sino con ocasión del servicio a favor de Solaservis.

En tal sentido, los pagos recibidos, aunque fueron esporádicos (enero de 2015; febrero y diciembre de 2016 y diciembre de 2017), los mismos debían tenerse como factor salarial.

⁴ Sentencia SL1798-2018 y sentencia SL986 de 2021



De acuerdo a las anteriores argumentaciones, se concluye que, es procedente ordenar la reliquidación de las cesantías reclamadas, al fenecer el vínculo contractual el 30 de enero de 2019⁵ y presentarse la demanda el 16 de febrero de 2021 (archivo 02), luego entonces, para efectuar las operaciones aritméticas de rigor, tendremos en cuenta los salarios devengados durante dichas anualidades, junto con las bonificaciones pagadas y lo dispuesto en el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala:

“Para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año”

En lo tocante a la reliquidación de las cesantías causadas para el año 2015, se debe precisar que, la bonificación de \$22.000.000, fue pagada en enero de la calenda en cuestión, por ende, este concepto, no fue el último salario devengado por la señora Basante Vargas en el año y su reconocimiento, tampoco fue realizado durante los últimos tres meses del 2015, no enmarcándose en las condiciones, para realizar el cálculo del promedio devengado haciendo inviable la reliquidación frente al año 2015.

No ocurre lo mismo con el año 2016, al encontrarse acreditado que, para dicha calenda, se devengó a partir de enero y hasta mayo la suma de \$1.200.000⁶ y a partir del 1 de junio de 2016, se celebró contrato de trabajo y se pactó como salario la suma de \$1.200.000⁷, pagándose el 20 de diciembre de dicho año, la suma de \$25.000.000, por lo que, al

⁵ Sentencia 34393-2010

⁶ Folio 198, 200, 202, 203 de la carpeta 07, archivo contestación soluciones laborales.

⁷ Folio 2297 a 2300, 2303 a 2308, 2310 de la carpeta 4, archivo subsanación de demanda y folios 97 de la carpeta 07, archivo contestación soluciones laborales.



ser variable el salario durante los últimos tres meses, se promedia los emolumentos percibidos durante todo el año; entrando en esta contabilización la bonificación pagada también el 23 de febrero, por valor de \$25.000.000 obteniéndose de esta operación aritmética, un promedio mensual de **\$5.366.666,⁶⁷**.

Para el año 2017, esta Sala de Decisión, después de verificar las piezas procesales allegadas al cartapacio procesal encontró que, para los meses de enero a diciembre de dicha anualidad, se pagó a la demandante como salario la suma de \$1.200.000⁸ y en el mes de diciembre la suma de \$30.000.000 (de acuerdo a la confesión realizada con la contestación de la demanda e interrogatorio de parte), obteniéndose como promedio mensual la suma de **\$3.700.000**.

Es así que, al pagarse para el año 2016, por la convocada a juicio a favor de Colfondos, por concepto de cesantías la suma de \$682.667⁹ y para el año 2017, la suma de \$1.283.140¹⁰, de acuerdo a las liquidaciones allegadas tanto por la parte actora y demandada, se deberá ordenar la reliquidación de esta acreencia de la siguiente manera;

Año	Valor Pagado	Valor que se debía Pagar	Valor a Pagar
2016	\$ 682.667,90	\$ 5.366.666,67	\$ 4.683.998, ⁷⁷
2017	\$ 1.283.140,10	\$ 3.700.000,00	\$ 2.416.859, ⁹⁰
Total			\$ 7.100.858,⁶⁷

En lo tocante a la compensación de las vacaciones causadas para los

⁸ Folio 2312, 2314 a 2317, 2319, 2323 a 2325 y 2327 de la carpeta 4, archivo subsanación de demanda y 215, 217, 2148, 219 y 230 de la carpeta 07, archivo contestación soluciones laborales.

⁹ Folio 216 de la carpeta 07 del escrito de contestación

¹⁰ Folio 2331 de la carpeta 4 denominada subsanación y folio 234 de la carpeta 7 del documento contestación demanda



años 2015 a 2018, debe resaltarse, que, conforme a lo preceptuado en el artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo, las vacaciones se liquidan conforme al salario devengado para la fecha en que el trabajador empiece a disfrutarlas, luego entonces, si se tiene en cuenta que el contrato laboral inició el abril de 2013, la actora cumplía en el año 2018, su año de servicio, en abril, no siendo procedente liquidar el descanso remunerado teniendo en cuenta los aludidos factores salariales.

Situación disímil ocurre frente a la reliquidación de los aportes a pensión estos sí saldrán avante, al no ser sujetos de prescripción, a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, para tal efecto, se ordenará a Solaservis que efectúe el reconocimiento y pago de los aportes, ante el ente de seguridad social que se encuentra afiliada la demandante, de la siguiente manera;

- Del mes de enero de 2015, teniendo como Ingreso Base de Cotización la suma de \$22.000.000, dado que, el aporte efectuado para dicha mensualidad fue realizado sobre un IBC de \$919.000 (fl. 120 archivo 7).
- Del mes de febrero de 2016, teniendo como Ingreso Base de Cotización la suma de \$25.000.000, dado que, el aporte efectuado para dicha mensualidad fue realizado sobre un IBC de \$1.200.000 (fl. 118 archivo 7).
- Del mes de diciembre de 2016, teniendo como Ingreso Base de Cotización la suma de \$25.000.000, dado que, el aporte efectuado para dicha mensualidad fue realizado sobre un IBC de \$1.200.000 (fl. 116 archivo 7).
- Del mes de diciembre de 2017, teniendo como valor el salario de \$30.000.000, dado que, el aporte efectuado para dicha mensualidad fue realizado sobre un Ingreso Base de Cotización



de \$1.200.000 (fl. 131 archivo 7).

En los anteriores términos se adicionará la sentencia en estos aspectos.

DOTACIÓN - VESTIDO Y CALZADO DE LABOR

Los artículos 230 y S.S del C.S.T impone al empleador la obligación de suministrar a los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos, el calzado y vestido de labor 3 veces al año. Sin embargo, tiene por sentado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que si la misma no fue utilizada durante la vigencia de la relación laboral no habrá lugar a su pago una vez culmina el vínculo laboral, como se indica en la Sentencia SL6380 de 2015, M.P Elsy del Pila Cuello Calderón, al expresar:

“Frente a las dotaciones no suministradas, cabe recordar lo explicado en decisión CSJ SL 20 feb 2013, rad. 42546 en la que se indicó:

Dotaciones no suministradas:

En relación con esta prestación social ha sido criterio de la Corte que “El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada (...)”. (Sentencia de 15 de abril de 1998, rad 10400).”

De ahí, que desde el año de 1998 tenga por sentado la Corte que la falta de suministró de dotación únicamente podría llegar a generar el pago de los perjuicios irrogados al trabajador, con el incumplimiento de la obligación, siempre y cuando los mismos se encuentren acreditados. Así en providencia del 22 de abril de 1998 Rad.10.400 M.P Francisco Escobar Enríques indicó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

“No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues a de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada”

En el caso que nos ocupa, se tiene que para el año 2018, la demandante, devengaba más de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo tanto, no tenía derecho a que le fuera reconocida y entregada dotación, pero aún en gracia de discusión, se tuviera que, esta devengaba menos de los dos salarios mínimos mensuales, debe precisarse, en precedencia el mentado incumplimiento tan solo está llamado a generar el pago de perjuicios y para ello, se requiere la acreditación de los mismos, situación que no se presenta en autos, pues, a pesar de que el apoderado, funde su inconformidad en que, *“demostrar un perjuicio de deterioro de la ropa particular en relación con la ropa de trabajo, pues es, es una carga probatoria yo, yo diría que mandar a recoger”*, cuando lo que se busca es acreditar el perjuicio económico sufrido por la demandante por el incumplimiento de Solaservir.

Respecto al juramento estimatorio, deberá resaltar esta Sala de Decisión, que la figura contemplada en el artículo 206 del Código General del Proceso, no es aplicable en materia laboral, al no requerirse que con la presentación de la demanda, se presente dicha solemnidad a las voces de lo dispuesto en el artículo 25 del Código Procesal Laboral.

Luego entonces, también se confirmará la sentencia en este ítem.

DAÑO MORAL

Reclama el recurrente que se debe incluir dentro de la indemnización por terminación del contrato sin justa el daño moral causado a la



demandante, al obstruirse su labor en la empresa, además, impedirle presentar su renuncia, ser agredida verbalmente, para finalmente, haber sido despedida, sin embargo, esta Sala de Decisión, deberá negar tal pedimento, pues a pesar de haberse dicho por el señor Suarez Olano (testigo), que en ocasiones la trataban mal u obstruían su labor, en el cartulario, no se encuentra acreditado el perjuicio causado o afectación causada a la ex trabajadora, luego entonces, tampoco saldrá adelante este pedimento.

GASTOS DE TRANSPORTE

Cuestiona la parte actora, que no se hubiesen reconocido los gastos de desplazamiento, en los que incurrió la ex trabajadora de la ciudad de Cali a Bogotá, sin embargo, no fue allegada prueba respecto a los costos causados a la señora Basante, luego entonces, tampoco puede salir adelante la reclamación de pago por este concepto, máxime, que el Juez no puede ser juez y parte a la vez, y reconocer a su arbitrio sumas de dinero, que no se encuentran debidamente acreditadas.

DE LA SANCIÓN MORATORIA Y DEL ARTÍCULO 99 DE LA 50 DE 1990

La acreencia laboral que debate la activa se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.



Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*. Criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*

De igual manera, ha advertido la Alta Corporación que con el propósito de establecer si la pasiva ha desplegado actuaciones enmarcadas bajo los principios de buena o mala fe, dicho aspecto debe ser analizado para la calenda de fenecimiento del vínculo contractual y no en atención a sucesos posteriores; sobre el particular adujo en proveído SL 16884-2016 Rad. 40272 de 16 de noviembre de 2016.

Ahora, descendiendo a los reparos elevados por el apoderado de la parte demandante al manifestar que conforme a los reparos efectuados a la sentencia de primera instancia, y de salir adelante sus pedimentos, debía ordenarse el reconocimiento y pago de las sanciones reclamadas en el introductorio, para tal efecto, es necesario memorar que es el empleador quien debe demostrar la probidad en el manejo de asuntos



de la envergadura que merece el resguardo de los derechos laborales y, con ello, impedir la condena a título de moratoria.

A lo prenotado se suma, que la norma *ejusdem* reclame que le «*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*» y, que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, le atañe al extremo procesal que se «*consider[e] en mejor posición para probar en virtud de la cercanía con el material probatorio*», demostrar aquellos que reclama, es decir, será el llamado a acreditar el supuesto de facto.

Así, bajo tales disposiciones y en tratándose de la demostración de un acto propio, indiscutible resulta concluir que es el empleador el que debe controvertir con pruebas el devenir correcto en su proceder, tal como lo manifestó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3936-2018 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al enseñar:

*«Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, **el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta.** Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos **por la defensa** son razonables y aceptables.*

(...)

*Así entonces, no se advierte que el Tribunal se hubiese equivocado al imponer la sanción moratoria en este caso, pues como bien adujo no existen elementos que lleven a pensar que la demandada obró de buena fe, para desconocer los derechos mínimos de la trabajadora y **dicha carga probatoria le corresponde a la accionada** (...) ya que la prueba de la buena fe, se itera, debe ser en concreto» (acentúa la*



sala)

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial esbozado, encuentra esta Sala que el proceder de Solaservis S.A.S. a la data de terminación del contrato a término indefinido, no se ajusta a los parámetros exigentes de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías, y que en síntesis, son aquellos que buscan dilucidar actuaciones de buena fe en el proceder del patrono, pues, el hecho de reconocerse y pagarse a favor de la demandante, una bonificación, exorbitante, solamente, durante una o dos veces en el año, deja entrever que, se pretendía desconocer los derechos prestacionales de la demandante, sin encontrarse acreditados los motivos justificativos para su no cuantificación o reconocimiento en forma idónea, conllevando, sin lugar a dubitaciones adicionales, a revocar la absolución impartida frente al reconocimiento y pago de las indemnizaciones relatadas.

Así, pues al haberse declarado la existencia del contrato entre el 1° de abril de 2013 y fenecer el vínculo el 30 de enero de 2019, ha operado el fenómeno prescriptivo frente a la sanción por no consignación de las cesantías, causadas de 2016 al causarse esta desde el 14 de febrero de 2017 y dejar de correr estas el 14 de febrero 2018 y haberse radicado la demanda el 16 de febrero de 2021 y así encontrarse adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencias SL 3911-2019 y SL 2784-2019.

No ocurriendo lo mismo frente a las cesantías causadas en el año 2017, al operar la sanción desde el 15 de febrero de 2018 hasta el 14 de febrero de 2019, y encontrarse prescrito únicamente el día 15 de febrero, al haberse radicado la demanda el 16 de febrero de 2021, por lo tanto, para liquidar este concepto, se descontará este día y se tendrá



como salario promedio la suma de \$3.700.000, arrojando como resultado la suma de **\$44.276.666,⁶⁷**, a favor de la parte actora.

En lo concerniente a la indemnización moratoria, trazados los lineamientos contemplados en la sentencia C-781 de 2003, por la H. Corte Constitucional, en la medida en que la presente demanda fue radicada pasados los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente resulta impartir condena a la demandada por el pago de la sanción moratoria, en cuantía igual a un día de salario, correspondiente a \$52.333,³³, de acuerdo al salario declarado por la juez de conocimiento y que no fue objeto de reproche, el cual deberá ser reconocido por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados al demandante, a partir del 1° de febrero de 2019 y hasta el 1° de febrero de 2021, se itera, al haberse presentado después de 24 meses al finiquito contractual, equivaliendo dicha sanción a la suma de **\$37.680.000**, y a partir del mes 25, es decir, 2 de febrero de 2021, se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas.

Por lo expuesto se adicionará la sentencia apelada en este aspecto, para en su lugar, condenar a la encartada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las prestaciones sociales de la ex trabajadora, en los términos enunciados en precedencia.

En estos dos aspectos, se adicionará la sentencia objeto de reproche.

COSTAS

Las costas en esta instancia quedarán a cargo de la parte demandada Solaservis y a favor de la demandante.



En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 21 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **YENCY LORENA BASANTE VARGAS** contra **SOLASERVIS S.A.S. y ACTISAS**, en el sentido de **CONDENAR** a **SOLASERVIS SAS.**, a reconocer y pagar los siguientes conceptos.

- a. La suma de \$7.100.858,67, por concepto de reliquidación de cesantías.
- b. La suma de \$44.276.666,⁶⁷, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- c. A reconocer y pagar la suma de \$37.680.000 por concepto de indemnización por falta de pago de prestaciones sociales, causada desde el 1° de febrero de 2019 y hasta 1° de febrero de 2021, a partir del 2 de febrero de 2021, se deberán cancelar intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
- d. A reconocer y pagar a la AFP a la que se encuentre afiliada la demandante, el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión, por los siguientes períodos de tiempo e Ingresos Bases de Cotización.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- Enero de 2015, teniendo como Ingreso Base de Cotización la suma de \$22.000.000.
- Febrero de 2016, teniendo como Ingreso Base de Cotización la suma de \$25.000.000.
- Diciembre de 2016, teniendo como Ingreso Base de Cotización la suma de \$25.000.000.
- Diciembre de 2017, teniendo como valor el salario de \$30.000.000.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. Las costas en esta instancia estarán a cargo de la parte demandada Solaservis y a favor de la demandante.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
(Salva Voto Parcial)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de SOLASERVIS y a favor de la demandante, YENCY LORENA BASANTE en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', is written over a horizontal line. The signature is stylized and fluid.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA LILIANA CARREÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARTHA LILIANA CARREÑO, solicita se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por su hija inválida María Paz de Guadalupe Moreno Carreño.

¹ «Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



Consecuencia de lo anterior, se condene a reconocer y pagar una pensión especial de vejez por hijo inválido desde el 14 de noviembre de 2020, con los incrementos anuales y mesadas adicionales, así como los intereses moratorios.

En forma subsidiaria reclama el reconocimiento y pago de la indexación de las condenas y las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 1 a 3 de la carpeta 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 15 de octubre de 1976; que el señor Jorge Eladio Moreno Romero y ella son padres de María Paz de Guadalupe Moreno Carreño; que el grupo médico de Colpensiones calificó a su hija con una pérdida de capacidad laboral del 89.60% de origen común, estructurando la invalidez a partir del 12 de noviembre de 2016; que la entidad estableció que la menor requería dispositivos de apoyo para realizar actividades de la vida diaria; que la menor fue diagnosticada con síndrome de Down, disfagia, atresia del esófago con fistula traqueo esofágica, gastrostomía; que tiene una sonda en su estómago, para recibir los alimentos; que requiere de cuidados especializados permanentes de varias personas, medicamentos y alimentos de alto costo; que Aliansalud EPS certificó que María Paz tenía una discapacidad de tipo motora – mental y restricción de su movilidad; que el padre de la menor tiene diagnóstico de trastorno depresivo recurrente grave, trastorno de ansiedad generalizada con ocasión al diagnóstico emitido a su hija; que en septiembre de 2020 solicitó a la entidad el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido; que para la fecha de la solicitud contaba con 1358 semanas de cotización; que tal pedimento fue resuelto en forma desfavorable y contra dicha decisión se interpuso el recurso de apelación, el que fue desatado en forma negativa.



CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la demandante no acreditaba la condición de madre cabeza de familia, al ser una mujer casada y su cónyuge no tener una condición de incapacidad física, mental o moral o pertenecer a la tercera edad, que le impida el cuidado y manutención de su hija. Como medios **exceptivos** propuso los de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada o genérica (carpeta 05 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de abril de 2022, resolvió; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante una pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad a partir del 1 de diciembre de 2020, en cuantía de \$3.122.035 en trece mesadas anuales; **condenó** a Colpensiones a reconocer como retroactivo, la suma de \$54.413.725 entre el 1 de diciembre de 2020 al 31 de marzo de 2022 y continuar pagando las que se causen con posterioridad, así mismo autorizó el descuento de aportes al sistema de seguridad social en salud; **condenó** a pagar intereses moratorios a partir del 1 de abril de 2021 y hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación; las costas se encuentran a cargo de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...la norma impone solamente tres condiciones, la primera, que la madre o el padre haya cotizado al sistema general de pensiones, cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a la prestación por vejez, segundo, que el hijo sufra invalidez física o mental, debidamente calificada y tercero que la persona discapacitada sea dependiente económicamente del padre o la madre, bajo estos supuestos, se estableció la primera condición, con el Registro Civil de Nacimiento visto a folio 15, establecemos claramente, que María Paz de Guadalupe, es hija de la demandante, María Liliana Carreño y Jorge Eladio Moreno Romero, así mismo, con el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 3378241 del 2 de junio de 2020, expedido por la misma demandada, Colpensiones, se puede ver a folio 16, se establece que la menor, María Paz Guadalupe Moreno Carreño fue calificada con una PCL del 89,60% de origen común, estructurada el 12 de noviembre de 2016.

En cuanto a la dependencia económica, pues, en principio, se pudiese establecer o bastaría simplemente con la obligación legal y constitucional artículo 42, numeral 7, que le asiste al padre o a la madre respecto del hijo discapacitado, sobre su sostenimiento en condiciones dignas, pero adicionalmente a ello, los testigos traídos a colación, Lida Constanza Cruz y el padre, Jorge Eladio Moreno, también podemos demostrar que la señora demandante es la persona que está al tanto, atiende la enfermedad de la menor discapacitada, está pendiente de los cuidados, día y noche de los cuidados de la menor, en ese sentido, es que esa es la finalidad de la norma, precisamente, la finalidad de la norma, es darle la posibilidad que, esta afiliada que ya cotizó, es que la pensión tampoco es que sea gratuita, ella ya cotizó más de 1300 semanas al sistema, tenga la posibilidad de atender a esta persona que el estado debe proteger, que sería la menor en situación de discapacidad, esa es la finalidad de la norma y aquí se cumplen los parámetros claramente...” .

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegaciones de instancia.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, sin que la parte demandada Colpensiones interpusiera recurso de apelación, la decisión fue enviada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a fin de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental acopiada a folio 58 del cartulario y la cual se puede corroborar en la Resolución No. SUB 26289 del 5 de febrero de 2021, donde consta que pretendió el reconocimiento de la pensión especial de vejez el 18 de septiembre de 2020, folio 59 de la carpeta 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el grado jurisdiccional de consulta que se surta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si la señora Martha Liliana Carreño es beneficiaria de la pensión especial de vejez por hija discapacitada, en caso afirmativo, establecer la fecha a partir de la cual se debe realizar tal reconocimiento y si es viable fulminar condena por concepto de intereses moratorios.



PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 14 carpeta 01 del expediente digital); registro civil de nacimiento de la menor María Paz de Guadalupe Moreno Carreño (fl. 15 carpeta 01 del expediente digital); formulario de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones (fl. 16 carpeta 01 del expediente digital); certificado emitido por Aliansalud EPS (fl. 22 carpeta 01 del expediente digital); historia clínica emitida por Forja (fl. 23 carpeta 01 del expediente digital); historia clínica de Jorge Eladio Moreno Romero emitida por médico psiquiatra (fl. 40 carpeta 01 del expediente digital); reclamación administrativa (fl. 58 carpeta 01 del expediente digital); Resolución SUB 26289 del 5 de febrero de 2021 (fl. 59 carpeta 01 del expediente digital); recursos impetrados contra acto administrativo (fl. 66 carpeta 01 del expediente digital); Resolución SUB 96290 del 22 de abril de 2021 y DPE 4564 del 18 de junio de 2021 (fl. 78 carpeta 01 del expediente digital); comunicación de notificación por aviso (fl. 90 carpeta 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones a 2019 y 2021 (fl. 91 carpeta 01 del expediente digital y fl. 31 de la carpeta 05 del expediente digital); expediente administrativo de la demandante (fl. 45 a carpeta 05 del expediente digital).

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas precedentes, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, el legislador estableció en el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, qué:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

“(…)

La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

Sobre el particular, juzga conveniente precisar esta colegiatura que la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-989 de 2006 estableció la exequibilidad condicionada de la expresión *madre*, en el entendido que el beneficio pensional se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él, así mismo, mediante proveído del C - 227 de 2004 determinó la inexecutable del enunciado *menor de 18 años*, bajo los siguientes argumentos:

“Puesto que una de las metas esenciales del beneficio es la de facilitar la rehabilitación de los niños no es razonable que este proceso de recuperación se traumatice por el simple hecho de que el hijo llegue a la mayoría de edad. Si el fin de la norma es precisamente facilitar la rehabilitación del niño discapacitado, lo propio es que ese proceso de rehabilitación pueda continuar en el tiempo, sin considerar la edad del hijo, hasta que éste pueda culminar su proceso e integrarse a la sociedad. En este punto es, entonces, claro que la diferenciación establecida en la norma alrededor de la edad no es efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado. Interrumpir el apoyo maternal en el proceso de rehabilitación cuando el hijo cumpla 18 años puede incluso demorar o frustrar el cabal logro del fin al cual apunta la norma parcialmente acusada” (Subraya fuera de texto)

Siendo indispensable para el reconocimiento de esta pensión especial de vejez, únicamente contar con el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media con prestación definida. Sin embargo, esta



prestación puede extinguirse de no consumarse en el tiempo ciertos pedimentos adicionales y, que, en esencia, configuran la conservación del régimen especial, a saber, que el hijo permanezca en estado de discapacidad con dependencia de la madre o el padre y, que el cuidador o tutor no se reincorpore a la fuerza de trabajo remunerada.

En el mismo sentir, la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 785 de 2013 rad. 40517 del 6 de noviembre de 2013 y complementada el 12 de noviembre de 2014, enseñó:

“Esta pensión es una acción afirmativa establecida por el legislador que consiste en eximir el requisito de edad exigido, por regla general, para obtener la pensión de vejez del sistema integral de seguridad social, siempre que se haya cotizado “...cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”, en razón de la invalidez sufrida por el hijo que depende económicamente de la madre trabajadora o padre o trabajador. En tales circunstancias especialísimas, basta completar el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.

Esta posición de la Sala concuerda con lo dicho por la Corte Constitucional, en este sentido, en la sentencia C-227 de 2004 que declaró inexecutable la limitación de ser “menor de 18 años” de edad respecto al hijo inválido que traía originalmente la norma:

“(...

De acuerdo con la norma, para acceder a este beneficio deben cumplirse cuatro condiciones:

- 1) que la madre (o el padre) haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;*
- 2) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada;*
- 3) que la persona discapacitada sea dependiente de su madre – o de su padre, si fuere el caso; y*
- 4) que el hijo afectado por la invalidez sea menor de 18 años.*



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

- 1) que el hijo afectado por la invalidez física o mental permanezca en esa condición – según certificación médica - y continúe como dependiente de la madre; y*
- 2) que ésta no se reincorpore a la fuerza laboral”.*

En el *examine* se entrarán a estudiar los requisitos que se deben acreditar para que la demandante, sea beneficiaria de la pensión de vejez especial reclamada.

Para tales efectos tenemos que la señora Martha Liliana Carreño efectuó aportes al subsistema de seguridad social en pensiones del 1° de mayo de 1994 al 30 de noviembre de 2020 para un total de **1.353,71** semanas, luego entonces, para la fecha en que solicitó el reconocimiento pensional, es decir, el 18 de septiembre de 2020, contaba con **1349,27** semanas de cotización, de acuerdo al reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones el 18 de marzo de 2021, cumpliéndose de esta manera con el primer requisito para el reconocimiento pensional (fl. 31 de la carpeta 05 del expediente digital).

En segundo lugar, de acuerdo al Registro Civil de Nacimiento de la menor, María Paz de Guadalupe Moreno, se puede constatar que sus padres son la señora, Martha Liliana Carreño y Jorge Eladio Moreno Romero (fl. 15 carpeta 01 del expediente digital).

En tercer lugar, se itera, la menor María Paz de Guadalupe Moreno Carreño fue calificada por la misma accionada el 2 de junio de 2020, con una pérdida de capacidad laboral del 89,60% a partir del 12 de noviembre de 2016, fecha de su natalicio, al ser diagnosticada con



síndrome de Down, trastorno neurocognitivo severo, atresia esofágica con fistula traqueoesofágica trastorno de deglución severo.

Por otro lado, la demandante, al rendir interrogatorio de parte informó que cuando laboraba en Homecenter tenía una enfermera que cuidaba a María Paz, pero cuando empezó la pandemia ella no le siguió colaborando, sin embargo, su esposo se hizo cargo del cuidado de su hija; sin embargo, desde noviembre de 2020, cuando le fue terminado el contrato de trabajo se encuentra al cuidado de su hija, la cual requiere cuidados especiales.

A su turno, Lida Constanza Cruz Olaya informó conocer a la demandante hace 26 años, porque tienen una relación de amistad, que sabe que la actora vive con su esposo e hija en Ciudadela Colsubsidio; que ella trabajó en Homecenter pero le terminaron el contrato y desde esa época ella se encuentra al cuidado de la niña, durante las 24 horas del día, además, porque la niña en las noches requiere oxígeno en las noches; que cuando la pareja trabajaba tenían contratada una enfermera para que les ayudara con María Paz, sin embargo, Jorge se quedó sin trabajo y tocó prescindir de la señora y después Martha Liliana se quedó sin trabajo, entonces, se dedicó a la niña.

El señor Jorge Eladio Moreno Romero, esposo de la demandante, informó trabajar en una empresa temporal en misión, en donde trabaja, de lunes a viernes de 8 a 5 y sábados de 8 a 12 en alternancia; que su esposa es quien se encuentra al tanto de la niña; que él ayuda con quehaceres de la casa, en la medida que le sea posible, dado que se encuentra trabajando.

Ninguna duda surge para esta Sala de Decisión respecto a la dependencia económica de la menor respecto a su madre, al ser



obligación legal y constitucional de los padres propender por el sostenimiento y manutención de sus hijos, en aras de satisfacer sus necesidades básicas, tales como habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación, etc., al ser derechos fundamentales².

Surgiendo en forma palmario el lleno de los requisitos para el reconocimiento pensional a favor de la demandante, tal como lo advirtió el A quo.

DISFRUTE DE LA PENSIÓN

En lo tocante a la fecha del reconocimiento pensional, se tiene que la señora Martha Liliana prestó sus servicios a Sodimac Colombia hasta el 30 de noviembre de 2020, de acuerdo a lo indicado en el reporte de semanas cotizadas y corroborado en el interrogatorio de parte rendido por ella.

Luego entonces, ningún reproche merece el reconocimiento de la pensión especial de vejez a favor de la demandante, a partir del 1 de diciembre de 2020, tal y como concluyó el juez de conocimiento y en tal aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

MONTO DE LA PENSIÓN

Como quiera que se conoce del trámite litigioso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión procedió a revisar las operaciones aritméticas, encontrando que, el Ingreso Base de Liquidación más favorable para la demandante, es el de los últimos diez años de cotización, correspondiente a

² Sentencia SL739-2021



\$4.772.543,56 y al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 61,56%, arrojando como primera mesada pensional la suma de **\$2.938.127,⁸⁷** y no la suma de \$3.122.038.

Conforme a lo anterior, se procederá a modificar el valor de la primera mesada pensional y se establecerá como retroactivo causado a favor de la demandante, entre el 1 de diciembre de 2020 al 29 de julio de 2022, la suma de **\$63.716.064,⁸⁷** de acuerdo a la liquidación efectuada por el grupo liquidador, la cual hará parte integral de esta decisión.

INTERESES DE MORA

Sobre el particular, se tiene que los mismos están consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que estipula que «*A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago*», empero dicha obligación no opera automáticamente, dado que conforme al criterio de la Sala Mayoritaria, las entidades de seguridad social cuentan con un período de exención en el otorgamiento de la pensión, el cual corresponde a un período de 4 meses, contados desde la radicación de la solicitud pensional, al cabo de los cuales comienzan a correr los enunciados intereses, de acuerdo a los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Colofón de lo anterior, en el *sub judice*, se tiene que la actora reclamó por primera vez el reconocimiento de la pensión especial de vejez el 18 de septiembre de 2020, sin embargo, pese a haberse presentado en dicha data la solicitud de reconocimiento pensional, esta fue resuelta en forma desfavorable a la solicitante, al avizorarse que,



*“...Que por lo anterior se tiene que la señora **CARREÑO MARTHA LILIANA**, dentro de su declaración no manifestó ser cabeza de familia ni se pronunció (sic) respecto al padre de la menor del motivo por el cual no puede ocuparse de su hija, motivo por el (sic) cual se negará la solicitud presentada”*

De los argumentos esgrimidos por la entidad convocada, colige la Sala de Decisión, que Colpensiones no dio aplicación en debida forma de las sentencias emitidas tanto por la Corte Constitucional, como por la H. Corte Suprema de Justicia, frente a la calidad de “cabeza de familia” y en tal sentido, soslayó el derecho de la afiliada, al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, a pesar, de que, para dicha data ya contaba con los requisitos legales para acceder a ella, por lo que, Colpensiones contaba con 4 meses a partir de dicha data para resolver la solicitud pensional.

Del material probatorio se tiene que, el ente de seguridad social al decidir la solicitud y al desatar los recursos impetrados contra esta, se mantuvo en la decisión de negar el reconocimiento prestacional, luego entonces, para esta Sala de Decisión, en efecto, existe mora por parte de Colpensiones para resolver la solicitud de reconocimiento pensional y en tal sentido se debía condenar al pago de intereses moratorios, pero no desde la fecha indicada por el A quo, ya que la fecha de la reclamación, data del 18 de septiembre de 2020, sin embargo, al estudiarse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta, no es viable, modificar la fecha de tal reconocimiento.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia, al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 el numeral **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia pública celebrada el día 21 de abril de 2022, en el proceso ordinario de **MARTHA LILIANA CARREÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de **MARTHA LILIANA CARREÑO** pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad a partir del 1 de diciembre de 2020, en cuantía inicial de **\$2.938.124,⁸⁷** y a razón de 13 mesadas anuales. Suma que deberá incrementarse año a año.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia, en el sentido de fijar como retroactivo causado a favor de **MARTHA LILIANA CARREÑO**, entre el 1 de diciembre de 2020 y el 29 de julio de 2022, la suma de **\$63.716.064,⁸⁷** y a continuar pagando las mesadas que se causen, autorizando descontar de dicha suma los aportes al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de consulta.

CUARTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written in a cursive style.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written in a cursive style.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA DEL CARMEN ARÉVALO DE LÓPEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARÍA DEL CARMEN ARÉVALO LÓPEZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare que al señor Pedro Adonai Cucaita (Q.E.P.D.) le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme al Acuerdo 049 de 1990, desde el año 2003, e

¹ **ARTÍCULO 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** *El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:*

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito.*



igualmente, que tiene la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional. En consecuencia, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez post mortem a favor del causante, y a su vez, a pagarle la pensión de sobrevivientes, junto con la indexación, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 28 a 29).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 26 a 28 del informativo, en los que en síntesis advierte que el señor Pedro Adonai Cucaita Garzón nació el 23 de abril de 1935, motivo por el cual, al 1° de abril de 1994 contaba con 59 años. Agrega que el causante al mes de noviembre de 2001 contaba con 1.002 semanas de cotización, además, cumplió 60 años en abril de 1995, es decir, mucho antes de la terminación del régimen de transición. Aduce que el señor Adonai Cucaita murió el 11 de mayo de 2015, teniendo su pensión causada; además, a dicha data convivía con ella en unión marital de hecho, lo cual ocurrió desde el 1° de enero de 1982. Que el 17 de mayo de 2019 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez post mortem y la pensión de sobrevivientes a favor de ella, sin embargo, la convocada en Resolución SUB 175061 del 5 de julio, negó la pensión de sobrevivientes a su favor, sin hacer mención de la pensión post mortem que reclamó. Concluye afirmando que Colpensiones negó la pensión de vejez a favor del causante cuando este se encontraba en vida, sin fundamento alguno.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, hacia el año 1997 al causante se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía inicial de \$297.570, la cual se liquidó con base en 836 semanas, por tanto, no es procedente que el RPM le reconozca y pague otra prestación al causante al existir incompatibilidad con la mentada indemnización que reclamó en



vida y la pensión de vejez post mortem que aquí se persigue, en tanto las mismas amparan igual riesgo. Adiciona que el causante no cotizó dentro de los 5 años anteriores a la fecha de su deceso, por manera que tampoco hay lugar a reconocer a favor de la activa una pensión de sobrevivientes, la cual tampoco se causa en virtud del principio de la condición más beneficiosa. **Excepciones:** Formuló las que denominó imposibilidad del reconocimiento de pensión post mortem, no cumplimiento de requisitos para tener derecho a una pensión de sobrevivientes, inexistencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fl. 61 a 69).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 22 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** que el causante tenía derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2003, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente; **condenar** a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante sustitución de la pensión de vejez a que tenía derecho su compañero permanente, a partir del 11 de mayo de 2015, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente, no obstante, en razón a la prescripción, el pago de las mesadas pensionales se causa desde el 17 de mayo de 2016, sobre 14 mesadas anuales, junto con los reajustes legales y la indexación del retroactivo pensional, desde su exigibilidad hasta la fecha de pago; **autorizar** a Colpensiones a realizar los descuentos correspondientes a seguridad social en salud; **declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2016; **condenar** en costas a la encartada. (Cd. Fl. 149 archivo de audio fallo).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que el causante hacia el año 1997 declaró su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

es por ello que el otrora ISS le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$2'683.706, por no reunir las condiciones para la pensión de vejez, no obstante, continuó efectuando aportes hasta el 30 de noviembre de 2003, y como quiera que no existe prueba que el *de cujus*, hubiere recibido de manera efectiva el valor anotado, pues Colpensiones no acreditó este hecho y según certificación del banco BBVA, no existen pagos girados por la entidad Colpensiones a favor del señor Adonai Cucaita, es que no se advierte impedimento para que este continuara aportando al sistema, siendo válidas las semanas que se cotizaron con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Así, refiere que el causante cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que al 1° de abril de 1994 contaba con 59 años, además, cumplió 60 años el 23 de abril de 1995 y al 31 de octubre de 2003, contaba con 1.138 semanas de cotización, por manera que es merecedor de la pensión en referencia en cuantía de un salario mínimo y por 14 mesadas al año. Refiere que la activa acreditó con las declaraciones recaudadas en las diligencias, vida marital con el causante desde el año 1982 hasta su deceso, de manera que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la convocada, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES



RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 14 a 18 del informativo.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si el señor Pedro Adonai Cucaita Garzón (q.e.p.d.), dejó causado el derecho a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.

De resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si la señora María del Carmen Arévalo de López, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en condición de compañera permanente del causante.

PENSIÓN DE VEJEZ POST MORTEM

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fls. 4 y 38), copia de la cédula de ciudadanía del causante Pedro Adonai Cucaita Garzón (fls. 5 y 39), declaraciones extra juicio (fls. 6 a 11 y 40 a 45), historia laboral del causante expedida por Colpensiones (fls. 12 y 71 a 77), reclamación



administrativa (fls. 14 a 18 y 47 a 52), registro civil de defunción del señor Pedro Adonai Cucaita Garzón (fls. 19 y 53), solicitud de reconocimiento pensional elevada por el causante (fls. 20 y 54), Resolución SUB 175061 del 5 de julio de 2019 (fls. 21 a 23 y 55 a 57), expediente administrativo (Cd. a folio 70); interrogatorio de parte rendido por la demandante y declaraciones rendidas por Héctor Alirio López Arévalo, Martha Lucía López Arévalo y Luz Dary Vargas Castañeda (Cd. a folio 149), probanzas de las cuales se advierte que el señor Pedro Adonai Cucaita Garzón falleció el 11 de mayo de 2015 (fl. 19) y que cotizó al otrora ISS del 1° de enero de 1967 al 30 de noviembre de 2003, un total de 1.138,14 semanas (fls. 71 a 72), de las cuales 836 fueron consideradas para liquidar a su favor una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Procede esta Sala a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, para lo cual ha de memorar la Sala que en el caso analizado, aduce la demandante que su compañero permanente fallecido causó la pensión de vejez antes del óbito, en condición de beneficiario del régimen de transición y a la luz del Acuerdo 049 de 1990, por manera que debe reconocerse dicha prestación a favor de este y sustituirla en cabeza suya, dada su condición de compañera sobreviviente; frente a lo que la encartada se opone, al considerar que la prestación de vejez que se aduce el afiliado fallecido causó en vida resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue concedida.

Con miras a resolver este tópico, debe traerse a colación lo previsto en el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001, mediante el cual se reglamentó la indemnización sustitutiva del RPM, que a la letra dispuso que:

«Artículo 6°.Incompatibilidad. *Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez.*

Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto»



En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 35143 del 20 de octubre de 2009, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza moduló que:

«Sobre el particular, importa precisar entonces que esta Sala de la Corte en reciente decisión ha considerado que las normas que en el sistema de seguridad social establecen que quien recibe una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no puede aspirar a esa pensión con respaldo en cotizaciones efectuadas con posterioridad al otorgamiento de esa indemnización, como tuvo oportunidad de explicarlo recientemente en sentencia del radicado 34015, cuya transcripción se estima suficiente para responder los argumentos jurídicos del cargo:

“Afirma el recurrente que esa disposición no se corresponde con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Pero no se detiene a explicar las razones jurídicas por las cuales se presenta esa disconformidad.

“Con todo, no encuentra la Corte que la norma en cuestión vaya en contra de los principios que en la Carta Política inspiran la seguridad social, pues, por el contrario, debe entenderse dirigida a que las prestaciones del régimen de pensiones que administra el Seguro Social se otorguen de manera racional, en función de los aportes efectuados por los afiliados, y para garantizar la adecuada utilización y la conservación de los recursos destinados a la financiación de esas prestaciones, lo que, sin duda, es desarrollo del principio de eficiencia de que trata el artículo 48 y, desde luego, del de sostenibilidad financiera del sistema, en esa misma norma consagrado.

“Aunque, como lo afirma la censura, la Sala ha considerado que el hecho de recibir el afiliado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide reclamar esta prestación si el afiliado logra demostrar que tenía derecho a la pensión, que debe ser concedida. Y también ha explicado, en criterio mayoritario, que la circunstancia de recibir el afiliado tal indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide la causación de la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios o la de invalidez en su propio caso. Pero esas son situaciones jurídicamente distintas de la verificada en este proceso.

“En efecto, incluso en la sentencia que cita en su apoyo el censor, la Corte explicó lo que a continuación se transcribe:

*“A juicio de la Sala, no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiera recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que tuvieron recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con **una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva**”. “Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, **estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia**, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto”. (Sentencia del 20 de noviembre de 2007. (Radicación 30123. Subrayas y negrillas no son del texto)*



“En casos análogos al que ahora ocupa su atención, la Sala ha asentado que la persona que ha recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, está excluida del seguro social obligatorio por esa misma contingencia.

(...)».

Dando aplicación a la normatividad y al precedente jurisprudencial en cita, diáfano resulta para la Sala concluir que el Juzgado de Conocimiento con desacierto procedió a reconocer la pensión de vejez post mortem deprecada, al considerar que no se acreditó por Colpensiones el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuera reconocida al fallecido Pedro Adonai Cucaita Garzón, lo que de paso, permitía considerar las semanas tomadas para la liquidación de esta prestación, en aras de determinar si en vida causó el derecho a la pensión de vejez a la luz del Acuerdo 049 de 1990.

Así, el desatino de la decisión del fallador de primer grado radica en que en el caso de marras sí se encuentra demostrado que al causante le fue pagada la suma que se reconoció por concepto de indemnización sustitutiva, pues nótese que una vez este solicitó su reconocimiento bajo la declaración juramentada de no poder continuar efectuando cotizaciones al sistema, como se avizora en comunicación de fecha 20 de mayo de 1997 (Cd. a folio 70 expediente administrativo), el otrora ISS procedió a su reconocimiento al no encontrar reunidos los requisitos previstos para la pensión de vejez, mediante Resolución 02770 del 2 de diciembre de diciembre de 1997, misma que se notificó personalmente al señor Cucaita Garzón el 9 de febrero de 1998, como da cuenta el mentado acto que reposa en el expediente administrativo.

Adicional a ello, se indicó en tal Resolución que el valor de la indemnización, esto es, la suma de \$2.683.706 se pagaría a partir del 2 de enero de 1998 a través de BCH Bulevar Niza Bogotá cuenta 10061980000001, lo cual en efecto ocurrió y fue cobrado por el afiliado fallecido, en tanto que, en comunicación del 21 de diciembre de 2004,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expedida por el Grupo de Nómina de Pensionados y Novedades a la Nómina del ISS, se indicó que una vez verificado el Sistema no figuran reintegros por el asegurado Pedro Adonai Cucaita, lo cual se reiteró en comunicación del 13 de julio de 2010 emitida nuevamente por el Grupo de Nómina de Pensionados y Novedades a la Nómina del ISS, como se advierte en el expediente administrativo.

Luego, para el Colegiado no existe duda que el causante sí cobró el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue concedida, como quiera que la propia entidad que efectuó el giro del dinero, que lo fue el liquidado Instituto de Seguros Sociales, de manera reiterada informó que las sumas transferidas no fueron devueltas a la encartada por falta de cobro del beneficiario; conclusión que no sufre ninguna modificación ante la certificación expedida por el Banco BBVA el 3 de junio de 2021, que reposa en el medio magnetofónico militante a folio 149, en tanto esta documental solo indica que no se evidencian pagos girados por Colpensiones a nombre del causante, empero, nada refiere en relación con pagos efectuados por el ISS, ni sobre la cuenta a la cual se giró el valor de la indemnización, esto es, la identificada con el número 1006198000001, del entonces BCH.

Puestas así las cosas, no resulta procedente acceder al reconocimiento de la pensión de vejez post mortem perseguida por la parte activa, en la medida que tal prestación es incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue efectivamente reconocida por el otrora ISS al señor Cucaita Garzón, como bien lo resaltó Colpensiones.

Máxime que el reconocimiento de tal indemnización se encuentra conforme a derecho, pues nótese que cuando la misma fue concedida mediante la ya mencionada Resolución 02770 del 2 de diciembre de 1997, el actor solo contaba con 918,77 semanas, de las cuales 419,25 habían sido cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad



mínima de pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, esto es, en el interregno comprendido entre el 23 de abril de 1995 y el 23 de abril de 1975, como se constata en la historial laboral visible a folio 71.

Dimana de lo dicho que, el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional que se reclama, y de contera la demandante no tiene derecho a sustituirlo en condición de compañera supérstite, contrario a lo concluido por el Juzgado de primera instancia.

Ahora bien, como quiera que posterior al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, el causante continuó efectuando cotizaciones al sistema hasta el año 2003, ha de decirse que las mismas sí deben considerarse para verificar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes conforme a los términos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; frente a lo cual concluye la Sala que en el caso de marras, el causante no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso, en la medida que la historia laboral obrante en el *paginario* (fls. 71 a 77), da cuenta de la última cotización para el ciclo noviembre de 2003, siendo ostensible que por los menos durante sus últimos 11 años de vida reporta **cero** semanas de cotización al Sistema General de Pensiones.

En lo que respecta al principio de la condición más beneficiosa, como análisis necesario para efectos de determinar el derecho que radica en la actora, debe recordarse que su aplicación no es indefinida, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4650-2017, Magistrados Ponentes FERNANDO CASTILLO CADENA Y GERARDO BOTERO ZULUAGA, donde se indicó:

«(...) Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte (sic), bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 29 de enero de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 797 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 797 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado» (Resalta la Sala)

Como en este asunto el deceso acaeció el 11 de mayo de 2015 (fl. 19), esto es, por fuera del plazo fijado en la jurisprudencia atrás citada para la cesación de los efectos del principio de la condición más beneficiosa, es claro que el caso de la demandante no puede dilucidarse a la luz de la norma anterior a la vigente a la fecha del fallecimiento del causante.

Por lo anterior, como quiera que no se dan los presupuestos *liminares* para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivencia, es por lo que se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra.

COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. En esta segunda instancia sin costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 22 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

laboral adelantado por **MARÍA DEL CARMEN ARÈVALO DE LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. En esta segunda instancia sin costas conforme al grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

(Aclara voto)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

(Aclara voto)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL CARMEN ARÉVALO DE LÓPEZ CONTRA COLPENSIONES (RAD. 23-2019-00710-01)

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el debido respeto de mi compañero de sala, me permito aclarar el voto, pues si bien estoy de acuerdo con que no le asiste derecho a la demandante a la pensión de sobrevivientes, me aparto en lo que respecta a la aplicación de la condición más beneficiosa, ya que debió ceñirse a la postura que sobre el tema ha decantado la Corte Constitucional.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL 701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: (i) opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador no consagró un régimen de transición, (ii) para su aplicación se debe cotejar una norma derogada con una vigente y (iii) el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se les desmejora. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarles el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

Frente al **primer presupuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobrevivientes, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.

No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y la densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que como integrante de la Sala tomo distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la ley 100 y la ley 797 (sentencia 4650/17 y SL 658/18), y acojo la postura de nuestra Corte Constitucional, pacífica desde el año 2010, encontrándose actualmente unificada en la sentencia **SU 005 del 2018**, pues considera que cuando es necesario regresar a la norma inmediatamente anterior, no se debe condicionar su aplicación a ningún límite temporal, ni aplicar el test de procedibilidad.

Adicionalmente, la postura de nuestra Corte Constitucional, permite para quienes la norma vigente es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 aplicar en virtud del principio de la condición más beneficiosa cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes pretendan no la aplicación del régimen inmediatamente anterior- que en este caso sería la Ley 100 de 1993 en redacción original-, sino los anteriores a este. En otras palabras, la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionario se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cuius, como lo advierte nuestro máximo órgano Constitucional.

Conforme a lo anterior, en el caso de autos el causante dejó de cotizar al sistema general de pensiones el 31 de noviembre de 2003, por lo que al haber fallecido el 11 de mayo de 2015 (Fol. 53), no cuenta con semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a su deceso, es decir, no dejó causada la prestación bajo los postulados de la norma vigente, que corresponde al artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y bajo ese panorama considera esta magistratura que al tratarse del derecho irrenunciable a la pensión de sobrevivientes, debía hacerse las consideraciones respectivas bajo la postura emanada por la Corte Constitucional sobre el tema, y verificar si en efecto acredita los presupuestos tanto del artículo 46 original de la ley 100 de 1993, o el Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto al artículo 46 original de la ley 100 de 1993, consagraba lo siguiente:

"ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

Así, se debe verificar si el actor al momento del tránsito legislativo, es decir, a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 reunió las semanas de cotización exigidas por la norma entonces vigente y cumplió entonces con los requisitos exigidos para pensión en la Ley 100 de 1993.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la Ley 860 de 2003 entró en vigor el 29 de diciembre de 2003, fecha que es importante porque habilita la contingencia; y lo segundo, es que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, planteaba dos posibles escenarios, así:

- a. Si el afiliado se encontraba cotizando al momento de producirse la muerte, fecha que se sustituye por la del cambio normativo, caso en el que debía acreditar veintiséis (26) semanas en cualquier momento de la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- b. Si el afiliado no se encontraba cotizando al momento de producirse muerte, fecha que se sustituye por la del cambio normativo, debía acreditar veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al cambio normativo, es decir, entre el 29 de diciembre de 2002 y el 29 de diciembre de 2003.

Así las cosas, se observa que el actor para el 29 de diciembre de 2003 no se encontraba cotizando, ya que, su última cotización data del 30 de noviembre de 2003, ubicándose entonces en la opción b) y, por ende, debía acreditar veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente al cambio normativo, es decir, entre el 29 de diciembre de 2002 y el 29 de diciembre de 2003, encontrándose que acredita 42.88 semanas; sin embargo, a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia T- 717 de 2015, T-047 de 2018 y T 086 de 2018, debía el causante acreditar esa misma densidad de semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de fallecimiento, y como quiera que dejó de cotizar en noviembre de 2003, y su fallecimiento aconteció el 11 de mayo de 2015, ninguna cotización se reporta en el último año anterior al fallecimiento, y por ende, no dejó causada la prestación a favor de sus beneficiarios en aplicación de la ley 100 de 1993, en su versión original.

Ahora, en lo que refiere al Acuerdo 049 de 1990, para dejar causada la prestación debía el causante haber acreditado ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, el cual, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones (Fols. 71 a 72), cuenta con 827 semanas, es decir, supera con creces las 300 semanas en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cualquier tiempo, pero para determinar si le asiste derecho a la actora a la pensión de sobrevivientes, debe verificarse el test de procedencia.

Conforme a lo anterior, se pasa a examinar si la demandante cumple con las 5 condiciones necesarias y concurrentes que conforman el test de procedencia, contenidas en la sentencia SU 005 del 2018, a efecto de determinar si se encuentra en condición de vulnerabilidad que permita la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Se advierte que la referida sentencia unificatoria había sido expedida tiempo atrás de la interposición de la demanda, por tanto, el promotor de la Litis debió seguir sus derroteros.

Test de Procedencia		
Primera condición	Pertener a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como: analfabetismo, vejez , enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.	La demandante María del Carmen Arévalo de López contaba con 75 años de edad para la fecha en que instauró la presente acción judicial, integrando actualmente el grupo etario de la tercera edad, al acreditar una edad superior a los 60 años, conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-047/15 y T-082/18, con apoyo en los arts. 46 de la Constitución Nacional y 7 de la Ley 1276 de 2009. Por tanto, la demandante cumple con este primer requisito al pertenecer a un grupo poblacional de especial protección constitucional
Segunda condición	Afectación directa al mínimo vital y, en consecuencia, a una vida en condiciones dignas por la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este requisito ha de analizarse con posterioridad al fallecimiento del afiliado, puesto que versa sobre las condiciones materiales de vida que la persona afronta ante la muerte del causante. En otras palabras, lo que exige el referido test de procedencia en este punto, no es un análisis de dependencia económica de la demandante al momento del fallecimiento del afiliado, sino que se aviene a determinar si la falta de reconocimiento de la prestación económica de sobrevivencia pone en situación de vulnerabilidad a la parte actora. Presupuesto que no logra acreditarse en el proceso, pues nada de ello se expresó en el libelo genitor, siendo su pretensión solo el que el causante dejó causado la pensión de vejez pos mortem al acreditar la densidad de semanas. De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la demandante vio afectado su mínimo vital ante el fallecimiento del señor Pedro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

		Adonay Cucaita Garzón.
Tercera condición	Dependencia económica del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso.	Este presupuesto se encuentra acreditado con las declaraciones extra juicio que militan a folios 9 a 11, en la que se relata que la actora dependió económicamente del causante, ya que se dedicaba al hogar que tenía compuesto con señor Pedro Adonay Cucaita Garzón.
Cuarta condición	Circunstancias de imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones del causante.	En relación con este tópico, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala ninguna prueba que permita establecer que el señor Pedro Adonay Cucaita Garzón, se encontraba en circunstancias en las cuales no le era posible cotizar al Sistema General de Pensiones, máxime cuando dejó de aportar al sistema general de pensiones en noviembre de 2003, además ninguna alusión a este aspecto se dijo en los hechos de la demanda.
Quinta condición	El accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este presupuesto tampoco se logra acreditar, pues nótese que el causante falleció el 11 de mayo del 2015, reclamó la prestación el 17 de mayo de 2019 e instauró el presente proceso hasta el 16 de octubre de 2019, es decir, pasaron más de 4 años en acudir a las actuaciones administrativas y judiciales para reclamar la prestación.

Precisado lo anterior, es claro que la señora María del Carmen Arévalo de López no probó las cinco (5) condiciones exigidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, proferida con antelación a la fecha de radicación de la demanda, constitutivas del test de procedibilidad, por tanto, no puede ser considerada como una persona vulnerable y, en consecuencia, no puede estudiarse su derecho al amparo del Acuerdo 049 de 1990 en virtud de la condición más beneficiosa.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ARBOLEDA** CONTRA **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los cinco (05) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ARBOLEDA** a través de apoderada judicial, solicita el reconocimiento y pago de 14 incapacidades laborales ordenadas entre el 17 de enero de 2013 y el 2

¹ **«ARTÍCULO 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito».*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de marzo de 2014, las cuales fueron expedidas el 8 de junio de 2018, por el médico tratante autorizado por la demandada, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 7 a 8 archivo 01 demanda).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 del archivo 01 demanda y 94 archivo 03 subsanación-expediente digital, en los que en síntesis advierte que el 30 de abril de 2007 estando al servicio de Centurión S.A.S. en Reorganización sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó un trauma lumbar severo. Aduce que fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en diferentes oportunidades, siendo su último dictamen el proferido el 24 de abril de 2020, mediante el cual se le determinó una PCL del 32.72%, por accidente de origen laboral, con fecha de estructuración 10 de agosto de 2013, diagnóstico lumbago no especificado (síndrome postlaminectomía más fijación de columna vertebral). Que desde su accidente no ha podido volver a trabajar, y presenta una severa discapacidad, incluso para labores cotidianas.

Añade que del 17 de enero de 2013 al 2 de marzo de 2014, los médicos adscritos a la convocada se abstuvieron de expedir sus incapacidades, pese a que no se encontraba en condiciones para laborar; suma a ello que, el 8 de junio de 2018 el especialista en ortopedia de la Clínica de Urabá le otorgó 14 incapacidades retroactivas, cada una de 30 días, exceptuando la última de ellas, que lo fue por 20 días, comprendidas del 17 de enero de 2013 al 2 de marzo de 2014, para lo cual especificó en su historia clínica que el paciente no había podido laborar desde el momento de su accidente, sin embargo, en el interregno anotado no le fueron expedidas las respectivas incapacidades, por manera que procede a su emisión en protección de su mínimo vital y en su beneficio, mismas que si bien fueron radicadas ante la convocada, estas no le fueron reconocidas, bajo el argumento que se encontraban prescritas;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

posición que la encartada reiteró en comunicación expedida el 21 de agosto de 2018, atendiendo un compromiso que adquirió ante el Ministerio del Trabajo. Indica que la convocada continua prestándole servicios médicos, y le ha reconocido las incapacidades generadas desde el 3 de marzo de 2014, además, su médico tratante, ha establecido que no tiene alternativas de tratamiento efectivo y no hay lugar a su reintegro, por cuanto su incapacidad es severa. Concluye indicando que para el período de incapacidad retroactiva devengaba el salario mínimo legal.

CONTESTACIÓN: La demandada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, sobre las incapacidades reclamadas operó el fenómeno prescriptivo, lo anterior con fundamento en lo previsto en el artículo 18 de la Ley 776 de 2002, en tanto que las prestaciones económicas establecidas por ley para las incapacidades médicas prescriben en el término de 1 año, a más que prescriben por la fecha de radicación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 1562 de 2012. **Excepciones:** Formuló las que denominó ausencia de responsabilidad de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. como aseguradora de riesgos laborales conforme al contrato de seguro y su provisionalidad, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, fundamento de la prescripción de las incapacidades temporales, prohibición de expedir incapacidades en forma retroactiva, pago o pago parcial, compensación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 1 a 14 archivo 02 contestación).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 8 de junio de 2022, resolvió **declarar** probadas las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y prescripción; **absolver** a la demandada de todas las pretensiones invocadas por el demandante; **condenar** en costas al actor (Carpeta 15 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que las incapacidades aquí reclamadas no se enmarcan dentro de las situaciones previstas en la Resolución 2266 del 13 de agosto de 1998 para las incapacidades retroactivas, porque pese a que de la documental es posible establecer que el actor comenzó a presentar afecciones mentales, las mismas fueron expedidas por otro diagnóstico, esto es, trastorno de disco lumbar con radiculopatía, a más que resultan extemporáneas porque su expedición no se ciñó al término de 30 días previsto en la normatividad *ejusdem*, dado que su emisión ocurrió 4 años después que debieron ser disfrutadas, pese a que desde consulta del 3 de marzo de 2014, se le advirtió que su expedición no era posible y que por ello, debía acudir a la jurisdicción ordinaria, recomendación que el actor claramente no acató. Concluye indicando que en todo caso, ha operado el fenómeno de la prescripción, conforme a los términos del artículo 22 de la Ley 1562 de 2012, el cual prevé un término de 3 años contados desde la fecha en que el convocante debió gozar de las licencias por enfermedad, pues aunque fueron expedidas en el año 2018, ello se efectuó en desconocimiento de las normas que regulan su extemporaneidad y por un profesional que no era su médico tratante para la data en que estas procedían.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ARBOLEDA**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que, no es cierto como lo indicó el Juzgado de Conocimiento, que en el *examine* se ha contrariado la Resolución 2266 del 13 de agosto de 1998, como quiera que las incapacidades reclamadas sí fueron expedidas por su médico tratante especialista en ortopedia para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el 8 de junio de 2018, lo cual fue ratificado en su interrogatorio de parte, acotando que el hecho de ser atendido por otros especialistas corresponden a cuestiones que son endilgables a la ARL. Indica que está en desacuerdo con la afirmación del *a quo*, según la cual hacia el año 2014 debió recurrir a la jurisdicción ordinaria para lograr el reconocimiento de las incapacidades discutidas, pues para la época conforme a su saber y entender buscó que la ARL le reconociera las mismas, sin obtener respuesta favorable por parte de la encartada, entre las cuales destacó acciones de tutela y reclamaciones ante la entidad y frente al Ministerio del Trabajo. Aduce que no resulta importante para el caso, que las incapacidades se hayan expedido tiempo después a la data en que debió disfrutarlas, porque las mismas fueron emitidas por un médico de la ARL, cuya autonomía médica, no puede ser desconocida por la llamada a juicio.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, el extremo activo allegó sus alegaciones finales.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo accionante, 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



de la alzada², el determinar si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron ordenadas por el interregno comprendido entre el 17 de enero de 2013 y el 2 de marzo de 2014, pese a que fueron expedidas el 6 de agosto de 2018.

INCAPACIDADES CON EFECTOS RETROACTIVOS

De cara a analizar el objeto de debate planteado, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiarán el *examine* y la posible construcción o deconstrucción de las tesis planteadas por el extremo procesal demandante.

Conforme a ello, esta Colegiatura precisa que en tratándose de riesgos por actividades ejecutadas en el marco de una relación laboral, se ha concretado la ocurrencia de dos posibles responsabilidades, a saber, las subjetivadas y objetivadas, siendo éstas, las últimas, las que conducen a la reparación de daños a cargo de las administradoras de riesgos profesionales, inherente al reconocimiento de beneficios o prestaciones económicas cuando el acreedor se encuentra afiliado al sistema. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral enseñó en las sentencias bajo rad. 39446 de 2012, reiterada en la SL 16792 de 2015 y SL 10186 de 2007, que:

*«(...) en materia de riesgos profesionales, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciadas; **una de tipo objetivo, derivada de la relación laboral, que obliga a las administradoras de riesgos profesionales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.***

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional’ (...)” (resalta fuera de texto)

Así, bajo el amparo del sistema de riesgos profesionales, se garantiza el pago de prestaciones económicas como incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y, a su vez, de aquellas tituladas como asistenciales, que abarcan atención integral del accidente como promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación (Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1072 de 2015).

Es en cumplimiento de las anteriores obligaciones encomendadas a las administradoras, que en el evento de presentarse el riesgo laboral y, con ello, el pago de prestaciones monetarias, la entidad que en su momento tenga la afiliación del trabajador deberá ejecutar su reconocimiento, conforme lo enseña el parágrafo 2º, artículo 1º de la Ley 776 de 2002, que a la letra refiere:

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

(...)

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



En punto al tema que concita la atención de la Sala, y en específico, sobre las incapacidades expedidas con efectos retroactivos, por accidente o enfermedad de origen laboral, ha de indicarse que dentro del Sistema de Riesgos Laborales no existe normativa que se ocupe de regular expresamente dicha temática, siendo oportuno aclarar que la única previsión que hace referencia a este tipo de licencias, corresponde a la Resolución 2266 de 1998 *«Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales»*, la cual se considera aplicable al presente caso por vía de analogía y en virtud de las normas de interpretación normativa previstas en la Ley 153 de 1.887, artículo 8°.

En ese orden, se tiene que en el artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998 se previó que:

«ARTÍCULO 12. DE LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE INCAPACIDAD EN EVENTOS OCURRIDOS CON RETROACTIVIDAD A LA FECHA DE ATENCIÓN. *No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria.*

PARAGRAFO. *Se exceptúan de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología psiquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con psicotrópicos y/o alcohol y accidentes de Trabajo que generen politraumatismo severo. En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.*

Así mismo se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica».

Igualmente, el artículo 63 de la normatividad *ejusdem*, sobre la temática planteada previó:

«ARTICULO 63. DE LOS CERTIFICADOS EXPEDIDOS CON RETROACTIVIDAD. *Los certificados de incapacidad por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional expedidos a los afiliados de la ARP-ISS con vigencia retroactiva, para ser reconocidos deben llevar el visto bueno del médico del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CABSO o del CASO, del médico laboral, o del médico gestor de calidad y en cualquier caso la retroactividad no puede superar los treinta (30) días».

Atendiendo los parámetros expuestos, debe destacar la Sala que en el presente caso se pretende el reconocimiento de unas incapacidades laborales que fueron ordenadas al actor el 8 de junio de 2018, por parte del especialista en Ortopedia y Traumatología Nicolás Alberto Zuluaga Agudelo, mismas que se constatan en los certificados obrantes a folios 55 a 70 del archivo 01 denominado demanda, cuyos períodos se relacionan a continuación:

Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Final	Días	Fecha expedición
334131	17/01/2013	15/02/2013	30	08/06/2018
334132	16/02/2013	17/03/2013	30	08/06/2018
334133	18/03/2013	16/04/2013	30	08/06/2018
334134	17/04/2013	16/05/2013	30	08/06/2018
334135	17/05/2013	15/06/2013	30	08/06/2018
334136	16/06/2013	15/07/2013	30	08/06/2018
334137	16/07/2013	14/08/2013	30	08/06/2018
334138	15/08/2013	13/09/2013	30	08/06/2018
334139	14/09/2013	13/10/2013	30	08/06/2018
334140	14/10/2013	12/11/2013	30	08/06/2018
334141	13/11/2013	12/12/2013	30	08/06/2018
334142	13/12/2013	11/01/2014	30	08/06/2018
334143	12/01/2014	10/02/2014	30	08/06/2018
334144	11/02/2014	02/03/2014	20	08/06/2018

La incapacidades en referencia, tal y como se destaca en el recurso de alzada, fueron expedidas por el médico tratante adscrito a la ARL, el especialista en Ortopedia y Traumatología, el Dr. Nicolás Alberto Zuluaga Agudelo, pues nótese que en la historia clínica allegada al proceso, que obra a folios 69 a 70 el archivo 01 subcarpeta 01 del expediente digital, existe constancia que el galeno para la fecha de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expedición de las incapacidades, que lo fue el 08 de junio de 2018, atendió al actor por remisión de la aquí demandada.

Empero, esa sola circunstancia, no da lugar al reconocimiento de las incapacidades debatidas, como quiera que conforme lo resaltó el Juzgado de Conocimiento, las mismas fueron expedidas, en virtud del diagnóstico Trastorno de Disco Lumbar y Otros con Radioculopatía, es decir, por una afección médica que no se relaciona con los trastornos o circunstancias, enlistadas en la Resolución 2266 de 1998, como aquellas que permiten la expedición retroactiva de incapacidades.

Sumado a ello, no puede dejarse de lado, que las licencias en debate fueron ordenadas entre 5 y 4 años después de la fecha a que debieron ser disfrutadas por el afiliado, siendo evidente que tampoco se cumple en el presente caso, con el término previsto en la normatividad *ejusdem*, que a lo sumo, estableció un lapso de 30 días entre la fecha de disfrute y expedición.

De suerte que, no observa la Sala desacierto alguno en la negativa adoptada por el Juzgado de Conocimiento respecto al reconocimiento de las prestaciones económicas deprecadas, porque para el Colegiado es claro que las mismas, pese a ser expedidas por el médico tratante del actor, no atendieron lo que sobre incapacidades retroactivas ha previsto la legislación, a más que, revisada su justificación en la historia clínica, la misma tampoco atiende a criterios médicos objetivos, al plasmar el galeno a folio 69 archivo 01 subcarpeta 01 que: *«(...) SE EMITEN ADEMÁS LAS INCAPACIDADES RETROACTIVAS, PUES ES CLARO QUE EL PACIENTE SIEMPRE HA ESTADO EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD Y ESTO VULNERA SU MÍNIMO VITAL ESPERO QUE EN SU ARL ENTIENDAN QUE HAGO ESTO EN BENEFICIO DEL PACIENTE»*.



Nota médica que evidencia una consideración personal del galeno en referencia como sustento de la expedición de las licencias debatidas, lo cual se reafirma al revisar otra nota médica del mismo especialista efectuada años atrás, esto es, el 3 de marzo de 2014, visible a folio 225 archivo 02 subcarpeta 09 del expediente digital, en la cual indicó que: «SE EL (sic) EXPLICA AL PACIENTE QUE NO SE LE PUEDEN (sic) EXPEDIR INCAPACIDADES RETROACTIVAS (SIC) SIN ORDEN JUDICIAL».

Saltando a la vista que el especialista Nicolás Alberto Zuluaga Agudelo, tenía conocimiento desde el 3 de marzo de 2014, que no era procedente expedir incapacidades retroactivas a favor del actor.

Por tanto, no resultan atendibles los argumentos expuestos por la parte activa para proceder a revocar la decisión de primera instancia, como quiera que sus pedimentos persiguen el reconocimiento de unas prestaciones económicas que se sustentan en incapacidades expedidas de una manera irregular, que no puede ser avalada por la Sala de Decisión, compartiéndose además el argumento del *a quo*, relativo a que el actor desde marzo de 2014, tuvo conocimiento que podía reclamar vía jurisdiccional la expedición de dichas incapacidades, y sin embargo, nada hizo al respecto, sino hasta el año 2018, cuando su médico tratante, por criterio personal, dispuso su emisión.

Puestas así las cosas, no queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión opugnada.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 8 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ARBOLEDA** contra **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en la suma de \$300.000.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized flourish above the name.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS** CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con q integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones a Amanda Lucía Zamudio, identificada con C.C. No. 51.713.048 de Bogotá D.C. y portadora de la T. P. No. 67.612 expedida

¹ «Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: la señora MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales correspondientes se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor José Ramón Fúquene (q.e.p.d.), quien fue pensionado por la entidad y falleció el 22 de septiembre de 2014.

Consecuencia de lo anterior solicita se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por haber convivido con el causante desde diciembre de 1965 hasta el año 2006, no pudiendo ser la mesada inferior al salario mínimo legal mensual vigente, que el reconocimiento debe ordenarse desde el 23 de septiembre de 2014, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y demás derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados de folios 5 a 8 del archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis indica, que nació el 29 de agosto de 1943 en Zipaquirá; que, contrajo matrimonio con el señor José Ramón Fúquene el 18 de diciembre de 1965; que convivió con su cónyuge en forma ininterrumpida hasta el año 2006 cuando se produjo una separación de hecho; que a pesar de la separación su cónyuge le suministró alimentos; que el señor Fúquene falleció el 22 de septiembre de 2014; que se cumplen con los requisitos legales para acceder al reconocimiento pensional; que radicó solicitud de reconocimiento



pensional el 16 de octubre de 2014 y la misma fue resuelta en forma desfavorable; que contra el acto administrativo se presentaron los recursos de ley, pero estos se resolvieron en forma negativa.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que, la pareja no convivió durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado y se efectuó entre la pareja una liquidación de la sociedad conyugal. Como excepciones propuso las de, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorio ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fl. 44 del archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el trámite procesal, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de noviembre de 2021, resolvió; **declarar** que la demandante convivió con el señor José Ramón Fuquene desde el 18 de diciembre de 1965 al 1° de enero de 2006; **declaró** parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 6 de diciembre de 2016; **declaró** que la actora tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de diciembre de 2016; **condenó** a Colpensiones a pagar el retroactivo causado en 14 mesadas; **autorizó** a Colpensiones a realizar los descuentos en salud; **declaró** no probadas las demás excepciones



propuestas; **condenó** en costas a la demandada; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

“...en efecto los testigos en calidad de hermano y sobrino del demandante narraron circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que ocurrieron los hechos acompañado de las explicaciones atinentes de cómo se obtuvo el conocimiento de los mismos exponiendo situaciones y eventos particulares concretos sobre dicha relación que permite tener certeza sobre la convivencia real y efectiva de la señora María Anatilde del Rosario Bustos con el causante y la cual se extendió hasta el año 2006 sin olvidarse entonces que la ayuda económica se mantuvo incluso hasta el momento del fallecimiento.

Encuentra entonces probado el despacho que entre la demandante y el causante sí, existió una comunidad de vida forjada de ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleja el propósito de realizar un proyecto de vida en pareja responsable y estable el cual los testigos refirieron se mantuvo hasta la de 2006 sin especificar día, mes y año, lo que es posible determinar que lo es, aunque sea un día del año 2006, por lo tanto, el despacho tiene como extremo final de la convivencia el 1 de enero del año 2006. Así las cosas, resulta entonces ser superior la convivencia a los 5 años exigidos para un total aproximado de 41 años de convivencia, es por lo que la demandante tiene derecho a la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento del señor José Ramón Fúquene a partir del 23 de septiembre del 2014 día siguiente al fallecimiento de la, del causante incluidas las mesadas causadas y los reajustes de ley...”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, el apoderado de **Colpensiones**, interpone recurso de apelación señalando como motivos de disidencia, que, la pareja no convivió durante los últimos 5 años de vida del causante; en segundo lugar, indicó que, la pareja con documento público estipuló que su relación matrimonial terminaba desde el año 2006 ante la Comisaria de Familia Local de Nemocón – Cundinamarca; que después de la infidelidad del *de cujus*, la pareja no tuvo más ánimo de compartir o mantener una familia.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandada presentó alegaciones de instancia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 20 del archivo 01 del expediente digital, en la que Colpensiones señala en la Resolución GNR 84389 del 22 de marzo de 2015, que la demandante presentó reclamación de pensión el 16 de octubre de 2014, siendo atendido su pedimento en forma desfavorable a la peticionaria.

PROBLEMA JURÍDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S., esta Sala procede a analizar si la señora Anatilde del Rosario Bustos Cortes en calidad de cónyuge es beneficiaria de la sustitución pensional del señor José Ramón Fúquene (q.e.p.d.).



STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor José Ramón Fúquene, pues la misma se desprende de la Resolución GNR 206585 del 11 de Julio de 2015, en la que, Colpensiones señala que el de cujus, fue pensionado mediante Resolución No. 24778 del año 2000, con una mesada pensional al momento del retiro de la nómina, equivalente a \$2.078.027 (fl. 24 del Archivo 01 del expediente digital).

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso. Bajo esta premisa, en consideración a que la señora Anatilde del Rosario Bustos Cortes, pretende obtener la sustitución pensional vitalicia en calidad de cónyuge del señor José Ramón Fúquene (q.e.p.d), quien falleció el 22 de septiembre de 2014, según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 18 del archivo 01 del expediente digital. Es patente entonces, que el régimen aplicable es el previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, inciso 3° del literal a) el cual dispone:

«Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

De esta manera, el reconocimiento pensional de forma vitalicia está supeditado a dos requisitos, a saber: i) edad y ii) tiempo de convivencia.

Frente al primero de los pedimentos, se constata que la fecha de natalicio de la señora MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS CORTES lo fue el 29 de agosto de 1943, como se constata de su cedula de ciudadanía (folio 33 archivo 001 del expediente digital), lo que en suma implica que, para la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 71 años de edad, cumpliendo así la solicitante la primera de las exigencias legales para acceder al derecho pensional deprecado.

En lo que respecta a la convivencia, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad artículo 13 de la ley 797 de 2003, admite, que el objetivo fundamental de la pareja es compartir en vida real y social, en este sentido la sentencia C-336 de 2014, expuso:

«El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital



responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.

(...)

Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes».

Así pues, en aras de establecer si en el caso *sub judice* la demandante logró acreditar el segundo de los requisitos que les impone la norma para ser beneficiaria de la sustitución pensional, resulta preciso entrar a analizar las pruebas arrimadas al plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del CPL dentro de las cuales reposan, copia del Registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 16 del archivo 01 del expediente digital); registro civil de matrimonio de José Ramón y María Anátilde (fl. 17 del archivo 01 del expediente digital); registro civil de defunción (fl. 18 del archivo 01 del expediente digital); respuesta de Colpensiones a solicitud (fl. 19 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Resolución GNR 84389 de 2015, GNR 206585 de 2015, VPB 66691 de 2015 (fl. 20 a 32 del archivo 01 del expediente digital); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 33 del archivo 01 del expediente digital).

Por tanto, en lo que respecta a la cualificación legal de la posible beneficiaria y ahora reclamante jurisdiccional, señora MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS CORTES, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, se constata registro civil de matrimonio celebrado con el causante el 18 de diciembre de 1965 (fl. 17 del archivo 001 del expediente digital), circunstancia que implica usar el criterio jurisprudencial de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral desde la



sentencia Rad. 40055 de 2011 que, en síntesis, adoctrina la concesión de la prestación a la cónyuge que demuestre la convivencia en cualquier tiempo, siempre que el vínculo permanezca incólume, ello es, sin cesación de efectos civiles o divorcio.

Razón por la cual, esta Sala de Decisión entrará a dilucidar si existió convivencia de manera continua e ininterrumpida como cónyuges y, por lo tanto, si la activa es acreedora de la prestación económica por sobrevivencia, debiendo entonces demostrar que convivió y mantuvo un nexo sentimental con ánimo de convivencia, en por lo menos 5 años, con el señor José Ramón Fúquene.

DE LA CONVIVENCIA

En lo que respecta a la convivencia de la señora María Anatalde del Rosario Bustos Cortes con el causante, se tiene en el interrogatorio de parte recepcionado a la demandante, que, esta afirmó en su oportunidad lo siguiente;

Que conoció al señor José Ramón en 1965 y se casaron en la misma anualidad, sin embargo, señaló, no recordar hasta que fecha convivió con el causante; que la ruptura se dio *“porque él era infiel”*, sin embargo, *“él iba y dormía en otro lado, pero él iba a la casa almorzaba o tomaba onces, veía televisión y así, me llevaba dulces como si no hubiera pasado nada”*, agregando a su dicho que, *“él me cumplía con todo y él iba a la casa, todo, como si todo tuviera, no hubiera pasado nada, el me pasaba para el mercado, para ropa, para todo, para pagar servicios, para todo, común y corriente”*.

En lo atinente a la prueba testimonial recaudada a favor de la demandante, el señor José del Carmen Bustos Cortes, hermano de la actora, informó que la pareja convivió hasta el año 2006, con



posterioridad a dicha anualidad, cuando él *“visitaba a mi hermana y ya no encontré a mi cuñado en la casa, sino que iba de vez en cuando porque él, la había, había decidido ir a convivir con otra persona”*, pero, *“él les seguía dando lo necesario para, para sustento como era una mesada y la casa que le, le tenía que era de él mismo, de Ramón”*, contribuyendo económicamente a los gastos de la actora, que la pareja nunca disolvió la sociedad conyugal, *“simplemente él dejó de, de vivir normalmente con mi hermana”*.

A su turno, José Antonio Bustos Maldonado, en calidad de sobrino de la actora, informó que, conoció a la pareja, desde que era niño y hasta mediados del año 2006, cuando se conoció un caso de infidelidad del señor Fúquene (q.e.p.d.), sin embargo, su tío, *“veía por los estudios de mis primos, pagaba sus, sus escolaridades dicho por ellos, que yo hablaba con ellos y en las visitas que yo hacía a mi tía pues él le pasaba para su sustento, vivían en la casa que, que como matrimonio compartieron, sin embargo a veces me lo encontraba yo ahí, a veces estaba ahí con mi tía y con mis primos departiendo, sé que no, nunca me quede a dormir ahí pero sé que de pronto él no se quedaría ahí porque ya pues estaba con otra persona lo qué me comentaban ellos”*, agregando a su dicho que, tanto sus primos como su tía dependían del señor José Ramón.

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia que la señora María Anatlilde y el señor José Ramón Fúquene sostuvieron una relación sentimental, sin embargo, dada la edad de la demandante, resulta apenas entendible, que ella, no tenga claro o recuerde con exactitud la fecha en que dejó de convivir con su cónyuge y su fallecimiento.

Por otro lado, los testigos citados, señalan como fecha de la ruptura de la relación sentimental el año 2006, y aunque, no dieron explicación de



la razón de su dicho, fueron claros en manifestar que el señor José Ramón seguía al pendiente de los gastos de su cónyuge.

Así las cosas, se puede establecer con meridiana claridad que la señora María Anatilde del Rosario, convivió con el señor José Ramón a partir del año 1965, en el Municipio de Nemocón, hasta el año 2006, dados los argumentos esgrimidos en forma precedente, superándose el mínimo de convivencia exigido legalmente a la demandante para el reconocimiento de la sustitución pensional reclamada.

No pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, el apoderado de Colpensiones, alegó que la pareja había suscrito documento público, con el que, daban por finalizado su vínculo matrimonial, sin embargo, de los documentos acopiados al expediente digital no se puede constatar o verificar tal afirmación.

Pese a lo anterior, las razones esgrimidas llevan a la Sala a establecer que, entre la enunciada pareja, si existió convivencia, durante 5 años con el señor José Ramón Fúquene, en cualquier tiempo, por lo que, habrá de confirmarse en este aspecto la sentencia objeto de reproche.

DE LA PRESCRIPCIÓN

En lo concerniente a la fecha a partir de la cual MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS CORTES tiene derecho a disfrutar de la pensión reconocida, evidencia esta Colegiatura que la convocante presentó reclamación el 16 de octubre de 2014 y esta fue desatada en forma desfavorable, por lo que, se impetraron los recursos de reposición y apelación contra los actos administrativos emitidos por la entidad, siendo este último emitido en el año 2015 (fl. 28 archivo 001 del expediente digital), presentándose la demanda, solo hasta el 6 de



diciembre de 2019, luego entonces, ha operado el fenómeno prescriptivo, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de diciembre de 2016 hacia atrás, de acuerdo a la fecha en que se radicó el proceso litigioso, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto» (Subraya y resalta la Sala).

Pese a lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia CSJ SL1011-2021, la H. Corte Suprema de Justicia, estableció que, “Llegados a este punto del sendero, menester resulta oportuno aclarar que por regla general las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993”, afectándose la mesada del mes de noviembre de 2016 y no la del mes de diciembre.

RETROACTIVO PENSIONAL

Efectuados los cálculos aritméticos de rigor, teniendo en cuenta la mesada devengada por el pensionado fallecido para el año 2014 y dado el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se evidencia, que, las mesadas adeudadas a la demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores;

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/12/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.300.113,00	1,00	\$ 2.300.113,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.432.369,00	14,00	\$ 34.053.166,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.531.853,00	14,00	\$ 35.445.942,0



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.612.366,00	14,00	\$ 36.573.124,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.711.636,00	14,00	\$ 37.962.904,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.755.293,00	14,00	\$ 38.574.102,0
01/01/22	30/06/22	5,62%	\$ 2.910.140,00	7,00	\$ 20.370.980,0
Total retroactivo					\$ 205.280.331,00

Dimanando de lo anterior, en la modificación del numeral 4 de la sentencia objeto de reproche, para tenerse como mesada pensional para el año 2016, la suma de \$2.300.113 y como retroactivo causado desde el 1° de diciembre de 2016 al 30 de Junio de 2022, la suma de **\$205.280.331,00**.

INDEXACIÓN

En lo que concierne a este punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Laboral en la sentencia Rad. 36901 del 10 de mayo de 2011, enseñó que la corrección o actualización monetaria se aplica a todas las obligaciones laborales, como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo, dentro de lo que se encuentra el retroactivo:

«La Corte también ha asentado que si bien es cierto no existe texto legal que consagre la llamada ‘indexación’ o corrección monetaria de las obligaciones laborales, distintas hoy, por ejemplo, al ingreso base de liquidación de la pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 (artículo 21), como modo de resarcir el envilecimiento de su valor por el paso del tiempo en economías inflacionarias como la nuestra, que es lo que la Corte entiende dio por acreditado el Tribunal en el presente asunto, también lo es que resulta en un todo atendible la actualización de su valor por haberse afectado por el retardo en el pago de la prestación, de suerte que, para tenerse por pagado totalmente el crédito laboral, y no habiendo el legislador dispuesto otra forma de compensar el dicho efecto, debe incluirse la corrección monetaria que permita mantener el valor del aludido crédito. En otros términos, la indexación no es más ni menos que la actualización del valor del crédito, no un concepto distinto al de su real valor, como lo son, verbigracia, los intereses de mora, los perjuicios, las sanciones, las indemnizaciones, etc»



En claro lo anterior y siguiendo los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, se ordena que las sumas reconocidas por concepto de retroactivo deberán cancelarse debidamente indexadas, como lo impartió el *A quo*.

COSTAS:

Dadas las resultas del recurso de alzada, se condenará en costas a Colpensiones a favor de la demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **cuarto** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 25 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS CORTES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a pagar a favor de **MARÍA ANATILDE DEL ROSARIO BUSTOS CORTES**, como mesada pensional a partir del 1° de diciembre de 2016, la suma de \$2.300.113, en 14 mensualidades y fijar como retroactivo pensional causado hasta el 30 de junio de 2022, la suma de **\$205.280.331,00**, debidamente indexado, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en forma precedente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO. COSTAS. Se impondrán a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CRISTIAN FELIPE FAJARDO RAMÍREZ** CONTRA **JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los cinco (05) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **CIRSTIAN FELIPE FAJARDO RAMÍREZ** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo a

¹ **«ARTÍCULO 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. *Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.*

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. *Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito».*



término indefinido con la demandada del 8 de octubre de 2012 al 26 de octubre de 2021, el cual fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa por la empleadora; en consecuencia, condenar a la llamada a la acción al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa en los términos previstos en el artículo 64 del CST, indemnización moratoria y 27 días de vacaciones por el último año de servicios, junto con las costas y agencias en derecho (fls. 66 a 68 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 68 a 72 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis advierten que laboró para la demandada bajo la modalidad de un contrato de trabajo a término indefinido, del 8 de octubre de 2012 al 26 de octubre de 2021, percibiendo como última remuneración la suma de \$3.367.114, que incluye básico y comisiones. Indica que el 26 de octubre de 2021, fue citado a descargos por la presunta comisión de una falta grave, y que en esa misma fecha le fue entregada la carta que daba por terminado su contrato de trabajo, en la cual se indicó que el trabajador solicitó la concesión de sus vacaciones el 14 de octubre de 2021, mismas que la fueron otorgadas en esa fecha, sin embargo, el 19 de octubre de 2021, procedió a ejecutar sus actividades laborales, cuando ya se encontraba disfrutando de ese descanso remunerado y sin autorización de su jefe inmediato, lo que a la luz del Reglamento Interno de Trabajo constituye una falta grave.

Que no le fue comunicada la fecha de sus vacaciones con 15 días de anterioridad, como así lo señala el artículo 187 del CST; sumando a ello que, sus actividades laborales las realizó durante unas horas de la jornada del 19 de octubre de 2021, pues presentó confusión sobre el inicio de esas vacaciones, motivo por el cual acudió a su trabajo a las 2 de la mañana de ese día, y hacia las 5:55 am requirió a sus superiores para resolver tal duda, sin embargo, la responsable directa le indicó que esta información debía ser validada con la jefe de área, además,



hacia las 7 de la mañana se dirigió a la oficina de recursos humanos para poner de presente tal situación, siendo la respuesta de la Jefe Carolina Manrique que ello debía ser sometido a validación y que debía estar a la espera a lo resuelto.

Refiere que, hacia las 9 de la mañana del 19 de octubre de 2021, le llamaron de la oficina de recursos humanos informándole que debía retirarse y proceder a disfrutar sus vacaciones, lo cual fue acatado de manera inmediata; acota que desconocía la gravedad de presentarse a su trabajo ese día, dada la confusión que presentaba, pues entendió que sus vacaciones solo eran por el día 15 de octubre; a más que solo hasta que lo informó a las 5:55 de la mañana de ese día, pudo tener claridad de ello, Indica que la falta grave que le fue endilgada en la carta que puso fin a la relación laboral, no resulta aplicable a su caso específico; sumando a ello que, la diligencia de descargos no atendió los parámetros fijados por la Corte Constitucional en sentencia C.593 de 2014, porque la decisión final no fue proporcional a la presunta falta cometida y porque no se le brindó la oportunidad de presentar los recursos respectivos.

Concluye manifestando que la demandada no le efectuó el pago de su liquidación de manera oportuna, esto es, el 31 de octubre de 2021, además, no le reconoció el valor de 27 días de vacaciones acumuladas.

CONTESTACIÓN: La demandada **JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S.**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a las pretensiones relacionadas con el despido sin justa causa y demás acreencias laborales reclamadas, argumentando que después de haber escuchado al trabajador en diligencia de descargos, dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, por cuanto el 19 de octubre de 2021 incumplió gravemente sus funciones y obligaciones, como quiera que estando en vacaciones previamente notificadas desde el día 14 de octubre de 2021, decidió sin autorización de su jefe inmediato,



presentarse en las instalaciones de la empresa, a realizar actividades laborales, exponiendo su seguridad y la de la compañía, por cuanto en dicho momento no tenía cobertura para riesgos laborales. Añade que liquidó y pagó el valor de las prestaciones sociales al demandante de forma completa y oportuna. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de derechos por parte de los demandantes, falta de título y causa, buena fe, prescripción, compensación y la genérica (fls. 317 a 332 archivo 004 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2022, resolvió **declarar** que entre el demandante, en calidad de trabajador y la demandada, en calidad de empleadora existió un contrato de trabajo entre el 8 de octubre del 2012 hasta el 26 de octubre del 2021, inicialmente por duración de la obra o labor y, a partir del 5 de noviembre de 2012, a término indefinido; **declarar** que la decisión de la demandada de terminar el contrato de trabajo del demandante se muestra injusta, y por tanto, procede la indemnización de que trata el artículo 64 del código sustantivo del Trabajo; **condenar** a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$19.657.000, por concepto de la indemnización por terminación unilateral y sin justa casusa del contrato de trabajo, suma ésta que deberá ser indexada al momento del pago; **declarar** probaba la excepción de cobro de lo no debido respecto de las demás pretensiones formuladas, en consecuencia, absolver a la demandada frente a dichos pedimentos; **condenar** en costas a la parte pasiva (Archivo audio 15 del expediente digital).



Lo anterior por considerar el *A quo* que en el presente caso no existe discusión frente a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, durante los extremos señalado por el actor, el cual inicialmente lo fue bajo la modalidad de obra o labor determinada, para luego ser modificado mediante otro sí, a contrato de trabajo a término indefinido; devengando como salario la suma aceptada por la convocada de \$3.111.014.

Sostiene que ninguno de los hechos que dieron origen a la terminación al contrato de trabajo, esto es, presentarse a trabajar en período de vacaciones, encuadran en las causales alegadas para el finiquito, sumado a que tal conducta, contrario a lo aducido por la parte convocada, no se encuentra tipificada como falta grave en el Reglamento Interno de Trabajo, pues la prohibición prevista en el numeral 19 del artículo 69 de la normatividad *ejusdem*, dista de lo acaecido en el *examine*, pues el actor no compareció a ninguna actividad recreativa, cultural, deportiva o de capacitación sufragada o coordinada por la empresa.

Añade que la falta de tipificación de la conducta permite valorar la justeza del despido por parte del Juzgador, concluyendo que la conducta del actor fue avalada por la convocada, en tanto que dejó al trabajador prestar sus servicios por un período de 4 horas, sin requerirlo para que se abstuviera de ello, actitud de la cual emana que el dador del laborío dispensó o perdonó el error en que había incurrido el trabajador, circunstancia esta que deviene en un despido sin justa causa. Advierte que no es procedente el pago de la indemnización moratoria porque el propio convocante aceptó dos pagos oportunos de sus prestaciones en un período prudente, los cuales incluyeron el debido reconocimiento de 28 días por concepto de vacaciones.

La demandada **JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S.** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo como motivos de disidencia, que al leer con detenimiento la carta de terminación del



contrato de trabajo es claro que el nexo finiquitó porque el demandante se presentó a su lugar de trabajo sin autorización y sin justificación alguna, además, realizó actividades laborales el día 19 de octubre de 2021, pese a encontrarse disfrutando del período de vacaciones, el cual le había sido previamente notificado, y era de su conocimiento al responder el correo electrónico respectivo agradeciendo y sin presentar oposición.

En ese orden, indica que el comportamiento del demandante configuró la falta grave contemplada en el numeral 19 del artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo, que fue valorado de manera indebida, pues a través de ella se pretende evitar que el trabajador se exponga a accidentes de trabajo en instalaciones de la compañía, mientras se encuentra disfrutando de un período de vacaciones, licencias permisos, incapacidades, entre otras, en tanto en dichas situaciones no media amparo frente a los riesgos laborales, siendo claro que no tiene sentido calificar esa conducta como grave únicamente en relación con actividades recreativas, deportivas y de capacitación, excluyendo la prestación del servicio del empleado. Añade que no existe duda sobre la razón que motivó la carta de terminación del contrato, la cual incluso fue aceptada por el demandante en su interrogatorio, al decir que ello se debió a los hechos acontecidos el 19 de junio de 2021, cuando compareció a la empresa estando en vacaciones.

Refiere que el demandante tenía la responsabilidad de leer los correos electrónicos, en los cuales se le puso de presente que se le había concedido el período de vacaciones del 18 al 22 de octubre, por lo que no existe justificación alguna para que hubiere entendido que ello tan solo fue por un día, menos aún que según los términos del artículo 186 del CST es el empleador quien le confiere al trabajador sus vacaciones y le indica el término de las mismas, acotando que ante el pasivo de 30 días que existía a favor del actor, era lógico que a este se le otorgaran



por lo menos 5 días, de manera que no es admisible aceptar una confusión por parte del trabajador.

Aduce que no medió por parte de la empresa una condonación del error cometido por el convocante porque la situación se presentó en la madrugada, en un horario en el cual su jefe inmediata no se encontraba al tanto de esa situación, y solo hasta que se tuvo conocimiento de la misma, le pide de inmediato abandonar la sede de la empresa, a fin que disfrutara sus vacaciones, al tener la instrucción para el efecto.

Señala que conforme a la realidad, el actor infringió una norma reglamentaria, exponiéndose a la ocurrencia de un accidente de trabajo, sin encontrarse cubierto por la ARL, cuyas consecuencias hubieren tenido que ser asumidas por el dador del laborío injustamente.

Concluyendo que se encuentra acreditada la justa causa de despido alegada al demandante; no obstante, adujo que en gracia de discusión la liquidación de la indemnización no se efectuó adecuadamente, porque la Juez de Conocimiento, al tomar el salario confesado por la demandada, desconociendo el salario real promediado, que se acreditó en el proceso.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ambas partes presentaron alegaciones de instancia.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación interpuesto por la convocada, 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 de la alzada², el determinar cuál fue el último salario devengado por el trabajador.

Definida la anterior premisa, habrá de establecer la Sala si el contrato existente entre las partes fue terminado por el dador del laborío con sustento en una justa causa de despido, o si, por el contrario, tal decisión devino en injusta como lo concluyó el Juzgado de Conocimiento.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el expediente digital, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, citación a diligencia de descargos (fls. 62 a 63 archivo 001 y 99 archivo 004), solicitud de aclaración de hechos (fls. 64 a 65 archivo 001), contrato de trabajo por obra o labor determinada y otros sí (fls. 77 a 92 archivo 004), formularios de afiliación al sistema integral de seguridad social (fls. 93 a 98 archivo 004), diligencia de descargos (fls. 100 a 102 archivo 004), carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 103 a 107

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



archivo 004), liquidación del contrato de trabajo (fls. 108 a 111 archivo 004), certificados de aportes a cesantías (fls. 112 a 120 archivo 004), certificado de aportes al sistema de seguridad social integral (fls. 121 a 142 archivo 004), comprobantes de nómina (fls. 143 a 260 archivo 004), Reglamento Interno de Trabajo de la demandada (fls. 261 a 316), interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el representante legal de la demandada, así como testimonios de las señoras Grace Padilla y Jazbleydi Mancera (archivo de audio 13 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que CRISTIAN FELIPE FAJARDO RAMÍREZ laboró al servicio de la demandada JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S. desde el 8 de octubre de 2012, bajo la modalidad contractual laboral de obra o labor determinada, que mediante otro sí, fue modificada a término indefinido, para desempeñar como último cargo el de Ingeniero de Procesos Desarrollo, relación que se ejecutó hasta el 26 de octubre de 2021, cuando la demandada decidió dar por terminado el vínculo laboral aduciendo justa causa de despido, como se constata del contrato de trabajo, sus otros sí y la misiva de fecha 26 de octubre de 2021 (fls. 77 a 92 y 103 a 107 archivo 004); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

DEL SALARIO

Uno de los reparos de la parte convocada, se centra en el salario reconocido por el Juzgado de Conocimiento, toda vez que este al hallar el último valor promedio obtuvo una suma inferior a la aceptada por la demandada en su contestación, y sin embargo, declaró que la asignación ascendía a la definida por la encartada en este último escrito.

Pues bien, a efectos de resolver el punto de controversia, ha de decir la Sala que no existe discusión entre las partes que el convocante devengaba un salario básico, y un valor variable a título de comisiones,



como así lo aceptó la encartada en su contestación y se corrobora en los comprobantes de nómina visibles a folios 143 a 260 archivo 004 del expediente digital.

Adicional a ello, al verificar la contestación brindada por la demandada a los hechos de la demanda, se advierte que esta expresamente indicó respecto de los hechos 4 y 5 que el promedio del salario total del último año del demandante fue de \$3.111.014 (fl. 320 archivo 004 del expediente digital), por manera que en ningún desacierto incurrió el Juzgado de Conocimiento, porque la ley procesal es clara en indicar que la contestación efectuada a través de apoderado involucra la confesión de la parte.

Por tanto, carece de visos de prosperidad la solicitud de modificar el salario definido por el *a quo*, y menos aun cuando, emana de la liquidación de prestaciones sociales efectuada por el dador del laborío, que este incluso consideró un promedio superior al referido, para proceder a reconocer las acreencias laborales adeudadas al convocante, pues nótese que a folio 111 archivo 004, se consignó como salario para cesantías \$3.203.177, para primas \$3.183.381 y para vacaciones la suma de \$3.231.336, valores que son claramente mayores al tomado por el *a quo*, y que no son del caso considerar en esta instancia, porque ello haría más gravosa la situación del único apelante, en virtud del principio de la *no reformatio in pujus*.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Preliminarmente, necesario se torna indicar que, bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y parágrafo del art. 62 del CST.



Así, conforme a la carta de despido calendada 26 de octubre de 2021, visible a folios 103 a 107 archivo 004 del expediente digital, la terminación del vínculo entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

«Por medio de la presente comunicación, le informo que la Empresa Jazzplat Colombia S.A.S. ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa imputable a usted, siendo el (sic) su último día laborado el 26 de octubre de 2021. El motivo de esta decisión se motiva en lo siguiente:

Luego de la auditoría realizada por área de Sistemas se evidenció que usted presentó un incumplimiento a las obligaciones contempladas en su contrato laboral y en el Reglamento Interno de Trabajo, por cuanto sin autorización de su jefe inmediato y sin justificación válida (sic), alguna decide realizar actividades laborales día 19 de octubre de 2021, estando en el disfrute de sus vacaciones, las cuales le habían sido previamente notificadas, en razón a lo anterior y con el objeto de garantizar su derecho día la defensa y la contracción (sic) fue citado previamente a diligencia de Cargos y Descargos que se surtió el 26 (sic) de octubre de 2021, demostrándose la circunstancias (sic) ulteriores:

En primer lugar, se denotó que previa a la solicitud que usted hiciera, le fueron aprobadas vacaciones por parte de su jefe inmediato y de la Jefatura de RRHH, el día 14 de octubre de 2021^a (sic) las 9:42 am a través de correo electrónico y cuya aceptación sin oposición alguna usted dio el mismo día a las 10:27 am (sic),

(...)

Las anteriores situaciones, no tienen justificante alguno, pues usted acepta que era consciente que con sus omisiones incumplió, con las obligaciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y el Contrato Laboral, así mismo era consciente que su conducta configuraba una falta grave por lo que no se demostró atenuante o eximente las faltas graves (sic) desplegadas por usted.

*Es de anotar que, de conformidad con lo estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo, en especial lo establecido en el artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo, que establece como obligaciones especiales las siguientes: "1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y **cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la COMPAÑÍA** o sus representantes según el orden jerárquico establecido. **3. Preguntar, consultar o asesorarse cuando tenga dudas sobre la forma de realizar funciones asignadas o de cumplir con sus responsabilidades, 6. Cumplir los procedimientos, políticas establecidas para realizar el trabajo** y la correcta operación de las herramientas y equipos asignados*



para su labor. 7. **Acatar órdenes, (...) que indique LA COMPAÑÍA a través de sus jefes inmediatos.** 38. **Obrar con lealtad, buena fe y diligencia anteponiendo los intereses de LA COMPAÑÍA a los personales.** 19. **Abstenerse de participar en actividades recreativas, culturales, deportivas y de capacitación entre otras, que coordine o sufrague LA COMPAÑÍA cuando quiera que sea objeto de ausencia laboral como vacaciones, incapacidades médicas, permisos, licencias, suspensión disciplinaria, toda vez que en dichos espacios no media cobertura por parte de la Administradora de Riesgos Laborales.** 49. **Cumplir con las demás obligaciones que resulten de la naturaleza del contrato, de las disposiciones legales, políticas, códigos, instrucciones y procedimientos existentes en la Empresa.**

Aunado al párrafo del mismo artículo que contempla:

“PARÁGRAFO: *Se considera falta grave que dará lugar a la terminación del contrato de trabajo la omisión de las obligaciones contenidas en los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 28, 29, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46.*

Adicionalmente su conducta comporta un incumplimiento a lo previsto en el artículo 71 del Reglamento Interno de Trabajo que indica

“ARTÍCULO 71 *Se prohíbe a los trabajadores y se consideran faltas graves que darán lugar a la terminación del contrato:*

4. Aplicar métodos, registros, procedimientos, políticas e instrucciones de trabajo de manera incorrecta por descuido o bien cambiar los mismos sin autorización de su jefe o de la persona responsable de este o por no solicitar información.

Del mismo modo infringió con lo preceptuado en el Artículo 58 y 62 del CST que estipula:

(...)»

Planteadas las cosas, es a la demandada a quien le incumbe acreditar que la terminación del vínculo laboral con la parte activa fue con justa causa, so pena de devenir en injusto con las consecuencias jurídicas que esto trae.

Suma indicar que de vieja data ha advertido la H. Corte Suprema de Justicia, que lo imperativo en el documento de terminación de la relación laboral es establecer los supuestos de orden fáctico que rodearon el actuar del ex trabajador, para entonces concretar las causales en los que estuvo inmerso, manifestación vista en la sentencia



SL 16214 de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexo, evidente emana concluir que JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S. fundó su decisión en el numeral 6º, literal a) del artículo 62 del CST, tal como lo adujo el *A quo*, norma que en su literalidad enseña:

«ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*

(...)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos»

Referente a la prescripción normativa *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

De manera que, procede la Sala de Decisión a analizar las pruebas aportadas al plenario en los términos de los artículo 60 y 61 del CPT y la SS, a fin de determinar la ocurrencia o no de los supuestos de facto



que enmarca lo dispuesto en la regulación *ejusdem*, para lo cual, *liminariamente*, habrá de señalarse que el motivo de reparo entre las partes y centro del *libelo genitor*, atañe a corroborar si Cristina Felipe Fajardo Ramírez incurrió en una falta grave al asistir a su lugar de trabajo el 19 de octubre de 2021, en donde desempeñó sus labores ordinarias, encontrándose en período de vacaciones.

Al punto, necesario torna remitirse a las manifestaciones esbozadas por el demandante quien fue claro en referir que en efecto el 19 de octubre de 2021, asistió a su lugar de trabajo encontrándose en período de vacaciones, hacia la hora de las 2:00 a.m.; acotando que ello ocurrió porque vía whatsapp había solicitado a su jefe inmediata que le fuera dado un descanso para el día 14 de octubre del símil año, mismo que entendió fue aprobado mediante correo electrónico que no leyó, pero que contestó con un agradecimiento, sin percatarse que en el contenido del mismo, en realidad se le estaban aprobando sus vacaciones hasta el 22 de octubre. Que asistió a la empresa preocupado porque un subalterno renunció, por lo que entendió que debía recibir su cargo; además, que cuando constató la información de este trabajador hacia las 5 de la mañana, se percató que se encontraba en vacaciones, lo cual informó de manera inmediata a su jefe Gracie Padilla, quien procedió a hacer las validaciones con el área de Recursos Humanos, siéndole notificado hacia las 9 de la mañana que debía retirarse para el disfrute de sus descanso remunerado, lo cual acató en el instante.

Versión que fue ratificada por la testigo Gracia Padilla, al referir que el 13 de octubre de 2021, el actor le solicitó un periodo de vacaciones, ella entendió que era por la totalidad de la semana siguiente, por manera que las solicitó y, una vez estas fueron aprobadas, se lo notificó al actor mediante correo electrónico, quien agradeció en la respuesta del mensaje de datos; sin embargo, el 19 de octubre de símil año el convocante compareció a trabajar, lo cual ella no autorizó, enterándose de esa situación hacia la 5 de la mañana cuando este le informó la



novedad, por ello se dirigió a la oficina de recursos humanos para consultar cómo proceder y, hacia las 9 de la mañana de ese día, se le indicó al señor Fajardo que debía proceder a disfrutar sus vacaciones. En igual sentido, testificó Jazbleydi Mancera quien además, amplió todo lo concerniente a la diligencia de descargos a la cual fue citada el convocante (Archivo de audio 013 del expediente digital).

En lo referente a los medios de convicción documentales, obra acta de descargos adelantados el 26 de octubre de 2021 folios 100 a 102 archivo 004 del expediente digital, en la cual el demandante indicó que solicitó sus vacaciones vía whatsapp, mismas que le fueron aprobadas mediante correo electrónico del 14 de octubre de 2021, para el período comprendido entre el 15 y el 22 de octubre de similar año, aceptando que compareció a trabajar el 19 de octubre porque había solicitado sus vacaciones para un solo día y no revisó el contenido del correo, por lo que en principio no tuvo conocimiento de los días en que se encontraba en descanso remunerado; acotó además, que su asistencia se produjo sin tener cobertura en riesgos laborales, exponiendo su seguridad y la de la compañía, e indicó expresamente que lo ocurrido constituye falta grave estipulada en el Reglamento Interno de Trabajo.

Hasta este punto, evidencia esta Colegiatura que, como con acierto lo estableció el *A quo*, en el presente caso, contrario a lo indicado por la demandada e incluso, por el mismo demandante en su diligencia de descargos, la asistencia del actor a su lugar de trabajo encontrándose en período de vacaciones, no se encuentra calificada como una falta grave dentro de la normatividad en referencia.

Así, nótese que el artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo, previó dentro de las obligaciones especiales del trabajador, en su numeral 19, “*Abstenerse de participar en actividades recreativas, culturales, deportivas y de capacitación entre otras, que coordine y sufrague LA COMPAÑÍA cuando quiera que sea objeto de una ausencia laboral, como vacaciones, incapacidades*



médicas, permisos, licencias, suspensión disciplinaria; toda vez que en dichos espacios no media cobertura por parte de la Administradora de Riesgos Laborales”; cuya omisión fue calificada como falta grave en el parágrafo de la normatividad ejusdem, (fls. 287 a 291 archivo 004 del expediente digital).

En ese orden, al analizar la conducta tipificada en el Reglamento Interno de Trabajo, se constata que en la misma se previó la obligación del trabajador de no asistir a cualquier actividad coordinada y sufragada por la compañía, mientras se encuentre en ausencia laboral, que no se relaciona directamente con la prestación del servicio, pues del texto de la norma, no emana una prohibición clara sobre el desempeño de labores en tales ausencias, sino que se refiere a situaciones de esparcimiento, de aprendizaje, de actividad física, que se desligan del contexto de las funciones asignadas al trabajador.

De esta manera, la falta que se le endilgó al demandante, no coincide con la conducta reprochada, porque es claro que este no asistió a ninguna actividad descrita en la norma mientras se encontraba en período vacacional, sino que compareció a su lugar de trabajo a cumplir las funciones que diariamente le competían.

No siendo posible además, interpretar lo que sugiere el recurrente, en el sentido que lo sucedido en el caso del demandante emana por mera lógica de lo allí previsto, bajo el sustento que en vacaciones no existe un cubrimiento por parte de la ARL, pues no puede perder de vista el apelante, que las faltas graves deben estar claramente tipificadas y calificadas, en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, conforme así lo dispone numeral 6° literal A del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965; ya que de lo contrario, la conducta no puede enmarcarse dentro de esa categoría y a lo sumo, podría analizarse desde la perspectiva de una violación grave



de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador.

Siendo oportuno acotar, que esto último tampoco se advierte del Reglamento Interno o del contrato de trabajo, en tanto que una vez revisado el contenido de cada uno, no se advierte una prohibición u obligación expresa que de manera clara y específica señale que el actor no podía comparecer a la empresa de manera accidental para cumplir las funciones encomendadas, encontrándose en período de vacaciones.

Por tanto, tampoco puede la Sala entender que la conducta endilgada al trabajador constituyó una violación grave a sus obligaciones o prohibiciones, que debe ser calificada como tal por el juez del trabajo, porque, no existe norma que así la prevea con claridad.

Adicional a ello, no puede pensarse que la comparecencia del trabajador a la empresa para desempeñar sus funciones, en pleno disfrute de sus vacaciones, *per se* constituya un desconocimiento de una orden o una instrucción del empleador, porque el descanso remunerado en realidad fue previsto en la ley como un derecho y una garantía mínima a favor del trabajador, que, a su vez, lleva implícita una obligación, pero a cargo del dador del laborío.

Así las cosas, no encuentra la Sala configurada la justa causa de despido descrita en la misiva datada el 26 de octubre de 2021, como con acierto lo concluyó el Juzgado de Conocimiento, siendo lo procedente confirmar la decisión opugnada, no sin antes acotar, que si bien la demandada se tomó un término de 4 horas para informarle al demandante que debía proceder al disfrute de sus vacaciones, tal conducta, contrario a lo definido por el *a quo*, no se interpreta por el Colegiado como un perdón en la supuesta omisión del trabajador, sino más bien como la existencia de serias dudas por parte del dador del laborío sobre la concurrencia de la falta que le endilgó al señor Fajardo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

22202100557 01 18

situación que ratifica aún más posición de la Sala sobre la no tipificación de la misma en sus reglamentos.

Por tanto se confirma la decisión opugnada, sin efectuar revisión de la liquidación de la indemnización otorgada al trabajador, pues como se indicó al inicio, el reproche de la pasiva respecto del salario tomado por el *a quo* no resulta atendible.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 22 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CRISTIAN FELIPE FAJARDO RAMÍREZ** contra **JAZZPLAT COLOMBIA S.A.S.** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia costas a cargo de la demandada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en \$600.000.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written over a horizontal line.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS