TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente:
Rad.11001310500620170007801

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE - SUSTITUCION PENSIONAL (CÓNYUGE)- SENTENCIA ANTERIOR COMPAÑERA PERMANENTE- COSA JUZGADA,

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ** en contra del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

ANTECEDENTES

CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ promueve demanda ordinaria laboral en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que previa declaración de que, en calidad de cónyuge del señor RAFAEL ANTONIO MUÑOZ (Q.E.P.D.), es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes; se condene a dicha entidad al reconocimiento y pago de dicha pensión junto con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir de la fecha que se le hicieran exigibles, así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis que, el señor RAFAEL ANTONIO MUÑOZ (Q.E.P.D.) falleció el 6 de agosto de 1999, a quien mediante resolución No. 498 del 20 de mayo de

1983, se le otorgo la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; que el 27 de julio de 1952 contrajeron matrimonio católico; que procrearon 3 hijos en común; que tanto ella como LIBIA ESTHER ARCILA DE MONSALVE, esta última en condición de compañera permanente, solicitaron ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, quien mediante resolución No. 1683 del 8 de noviembre de 1999, se la otorgó a la señora LIBIA ESTHER ARCILA DE MONSALVE, frente a lo cual interpuso recurso de reposición siendo decidida desfavorablemente, luego de lo cual promovió demanda ordinaria laboral cuyo conocimiento correspondió, en primera instancia al Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Medellín, quien mediante sentencia del 13 de diciembre de 2002, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor de forma vitalicia y por el 100% de la pensión que disfrutó en vida con su cónyuge el señor RAFAEL ANTONIO MUÑOZ (Q.E.P.D.); sentencia que fue objeto de apelación tanto por ella como por la entidad demandada, resolviéndose la alzada por el Tribunal Superior de Medellín a través de providencia del 30 de noviembre de 2003, en la que se revocó la decisión de primera instancia y en su lugar absolvió al FONDO demandado de todas las pretensiones; en atención a lo expuesto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicados No. 41637 y 45038 de 2012, en donde se establece que se permite a la cónyuge supérstite la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes cuando el vínculo matrimonial está vigente y que tuviera una convivencia real y efectiva por los 5 años en cualquier tiempo cuando existió una compañera permanente. Aunado a lo anterior se pone de presente en el presente asunto la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en sentencia SU-555 de 2014, donde puntualizo que la presencia de nuevas circunstancias fácticas o jurídicas justifican la interposición de una nueva demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado en legal forma el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, mediante escrito de folios 225 a 229 dio contestación, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptando los hechos en su mayoría salvo los relacionados con la existencia de los 3 hijos que procreó la pareja, los cuales no le constan. Proponiendo las excepciones de prescripción, buena fe, presunción de legalidad y la genérica.

En su defensa señaló que, en el presente caso se configura la cosa juzgada, en atención que la jurisdicción ordinaria ya conoció con antelación de este asunto, siendo dirimido mediante sentencias del 13 de diciembre de 2002 en primera instancia, y en segunda instancia con fallo del 30 de abril de 2003. Por demás de tiene que el recurso de casación fue declarado desierto ante la falta de presentación de la demanda de casación dentro del término de ley a favor de la parte aquí demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de marzo de 2021, el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la entidad accionada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de las pretensiones de la demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. **COSTAS** a cargo de la parte accionante vencida en el proceso, se fija la suma de $ 300.000 por concepto de Agencia en Derecho."*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada, por considerar que sí se encuentra acreditado en el plenario el tiempo de convivencia con el causante por tiempo superior a 5 años exigido por la ley y la jurisprudencia para efectos del reconocimiento del derecho pensional, así como también su vínculo matrimonial con el registro civil de matrimonio, que tuvieron 4 hijos de los cuales, el hijo mayor falleció y se encuentran 3 hijos con vida, 2 de ellos testigos en el presente proceso que permiten concluir que al menos durante el tiempo de gestación y nacimiento de estos, la pareja tuvo el ánimo de conformar familia, ya que, aquellos tienen edades muy similares, además que de la integridad de los testimonios se puede ultimar que sí hubo convivencia de la pareja durante 20 años sin que se pueda tomar como separación el hecho de que el causante se ausentara para cumplir con sus obligaciones laborales, y en cuanto al proceso ordinario laboral promovido ante el Juzgado Doce (12) del Circuito de Medellín, se encuentran declaraciones en torno a lo que fue la convivencia de la demandante con el causante.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes presento alegatos de conclusión.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

El punto álgido de la alzada se circunscribe a determinar si la demandante acreditó en debida forma su convivencia con el causante por un término no inferior a los 5 años en cualquier tiempo y por tanto le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, con especial énfasis en la valoración probatoria de las declaraciones, no sin antes verificar si en el presente asunto se

configuró la excepción de cosa juzgada ante la existencia de un proceso ordinario laboral anterior o si se dan los presupuestos jurisprudenciales para que se admita un nuevo estudio del asunto.

DE LA INSTITUCIÓN JURIDICA DE LA COSA JUZGADA

Los artículos 303 y 304 del C.G.P., aplicables por analogía conforme lo establecido por el Legislador en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establecen al respecto:

> ***"Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.***
>
> *Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.*
> *En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.*
>
> *La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión."*
>
> ***"Artículo 304. Sentencias que no constituyen cosa juzgada.*** *No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:*
> 1. *Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.*
>
> 2. ***Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.***
>
> 3. *Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento."* (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el H. Corte Supremo de Justicia en sentencia CSJ SL437-2021, advirtió, sobre la figura de la cosa juzgada:

> *"En ese sentido, la cosa juzgada no representa un mero artificio técnico o alguna institución legal de inferior importancia, como lo sugiere la censura, pues, por el contrario, encuentra arraigo en principios y valores de gran relevancia constitucional como la seguridad jurídica, el orden público, el debido proceso, la inmutabilidad de las decisiones judiciales y la confianza legítima de las partes en la resolución definitiva de sus conflictos.*
>
> *En ese sentido, por más que el demandante insista en contar con un derecho adquirido, lo cierto es que, como se determinó en el primer cargo, ya había activado el aparato jurisdiccional y había obtenido una respuesta definitiva frente a sus pretensiones, que hacía tránsito a cosa juzgada. En torno a este punto, esta Corte ha precisado que:*
>
> *[…]sobre la institución de la cosa juzgada, regulada en el artículo 332 del CPC hoy 303 del CGP, preceptiva que resulta aplicable a los juicios del trabajo, por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, vale la pena traer a colación lo que se dijo en la providencia CSJ SL 8658 – 2015 […]es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en*

proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias.

En otras palabras «la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa» (SL5472-2014) […]

Así las cosas, descendiendo al caso que nos ocupa advierte la Sala que ningún estudio de fondo realizó la A quo de cara a la configuración de la excepción de cosa juzgada, revisadas las piezas procesales que militan en el expediente, se tiene por acreditado que la aquí demandante, señora CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PASIVOS SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, admitida el 09 de mayo de 2000, cuyo conocimiento correspondió, en primera instancia al Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Medellín quien mediante sentencia del 13 de diciembre de 2002, donde resolvió: condenar al FONDO DE PASIVOS SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, al pago de la pensión sobreviviente a favor de la demandante , según consta a folios 150 a 155 del expediente, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Medellín – Sala de Decisión Laboral, mediante sentencia de fecha 30 de abril de 2003, en la que resolvió: revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelve a la accionada de los cargos, (fls. 172-177). decisión esta última que quedó en firme ante la declaratoria de desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto contra ella por la parte actora, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (fls. 186-183).

Proceso ordinario laboral en el cual se indicaron como pretensiones: que se declare a la señora CAMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ, beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge Rafael Antonio Muñoz. (q.e.p.d); que se condene a la entidad a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 06 de agosto de 1999; así como el pago de los intereses moratorios a partir de la fecha en la que se hicieron exigibles. Y como hechos: relató, en síntesis que, el señor RAFAEL ANTONIO MUÑOZ (Q.E.P.D.) falleció el 6 de agosto de 1999, a quien mediante resolución No. 498 del 20 de mayo de 1983, se le otorgo la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; que el 27 de julio de 1952 contrajeron matrimonio católico; que procrearon 3 hijos en común; que tanto ella como LIBIA ESTHER ARCILA DE MONSALVE, esta última en condición de compañera permanente, solicitaron ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, quien mediante resolución No. 1683 del 8 de noviembre de 1999, se la otorgó a la señora LIBIA ESTHER ARCILA DE MONSALVE, frente a lo cual interpuso recurso de reposición siendo decidida desfavorablemente.(folios 25 a 27).

Advirtiéndose de ambas actuaciones que las partes son las mismas la demandante es la señora CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ, mientras que el demandado es el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; que existe identidad de causa, por cuanto los

dos procesos se sustentan en el fallecimiento del pensionado RAFAEL ANTONIO MUÑOZ, cónyuge de la demandante con vínculo matrimonial vigente al momento del deceso de éste, quienes habían procrearon hijos, que la sustitución pensional fue solicitada tanto por ella como por la señora Libia Ester Arcila de Monsalve ante el Fondo quien mediante Resolución 1683 del 8 de noviembre de 1999 se la concedió exclusivamente a ésta última en su condición de compañera permanente. Y finalmente, respecto a la identidad de objeto, es evidente que lo que se procurara en ambos procesos es el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en favor de la señora CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ.

Al compás de lo anterior, toda vez que esta nueva demanda se instauró bajo la premisa de ***"un nuevo hecho jurisprudencial"***, esto es, que atendiendo los recientes pronunciamiento de las altas Cortes (CSJ -SL y C. Const) *"es posible otorgar una cuota parte a quien acompañó al pensionado o afiliado, y quien por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho siempre y cuando aquél hay perdurado los cinco (5) años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época*", al amparo de lo dispuesto en la interpretación de índice 3 literal b) del artículo 13 de la ley 797 de 2003; forzoso se muestra hacer las siguientes precisiones.

Sea lo primero señalar que la norma que regula la pensión de sobreviviente es la que se halla vigente al momento de la muerte del afiliado o pensionado y si ello es así, mal puede pretender la actora, so pretexto de la ocurrencia de un nuevo hecho, que se aplique una interpretación jurisprudencial realizada por las Altas Cortes frente a un ordenamiento jurídico que ni siquiera es el que reglamenta el derecho pensional que aquí reclama.

En efecto, al no encontrarse en discusión que la fecha del deceso del *de cujus* acaeció el día 6 de agosto de 1999, la norma que regulaba el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes corresponde al artículo 47 de la ley 100 de 1993, de ahí que las sentencias cuya aplicación pretende en este proceso la censura, además de no constituirse como un hecho nuevo, no están llamadas a definir el presente asunto ya que cada una de ellas desarrollan es el artículo 13 de la ley 797 de 2003, esto es una norma posterior al momento de la ocurrencia de los hechos; y si bien es cierto su invocación se realizó acudiendo al principio de favorabilidad, tal criterio no podía ser acogido al no encontrarnos frente a la existencia de dos o más normas vigentes al momento de los hechos; menos aún era posible acudir al principio de restrospectividad de la ley con el fin de desconocer la firmeza del proceso anterior, habida consideración que nos encontramos frente a una situación "consumada", si se tiene en cuenta que la sentencia que negó el derecho pensional quedó en firme con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003 (1° de enero de 2004), es decir, no estamos en presencia de un derecho "en vía de solución".

Y es que la retrospectividad consiste, precisamente, en la protección de los principios de equidad e igualdad y a la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y su aplicación en las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales; por manera que, tratándose de pensiones, la ley posterior al momento del retiro prevalece sobre la anterior en cuanto sea más favorable frente a situaciones, pero siempre y cuando estemos en presencia de situaciones no consumadas, es decir, en las que no se haya

emitido una decisión de fondo con la cual se dirima la instancia, sin que sea el asunto en análisis, como se ha expuesto en líneas precedentes.

Al respecto resulta rememorar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL2075-2022, con radicación n.°87951 del 15** de junio de 2022, M. P Dr. Donald José Dix Ponnefz, cuando en lo pertinente puntualizó:

> *"El principio de favorabilidad requiere para su instrumentación, la existencia de dos normas vigentes que regulen el derecho o de una que admita varias interpretaciones, como en efecto lo aseveró el sentenciador plural.*
>
> *En el presente caso, no resultan aplicables los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, en razón del principio aludido, por cuanto la muerte del ex trabajador acaeció el 1 de noviembre de 1990. Téngase en cuenta que esta Corporación tiene adoctrinado que, para definir una disputa sobre la pensión de sobrevivientes, por regla general, la disposición que debe aplicarse, es la que se encuentre vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado.*
>
> *Es así que, pese a que la censura alude a la retrospectividad de la ley, su discurso recae sobre la retroactividad, lo que se encuentra proscrito, pues conforme las reglas de aplicación de las normas legales en el tiempo y lo preceptuado en el art. 16 del CST, por ser la ley laboral y de seguridad social de orden público, tienen efecto general inmediato, esto es, que no es retroactiva sino retrospectiva.*
>
> *Ahora bien, el Tribunal cimentó su decisión en lo previsto en la convención colectiva y, con un todo, señaló que si en gracia de discusión atendía las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, tampoco habría lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que de acuerdo con lo anunciado en el hecho tercero del escrito inaugural, el hijo de la actora solo cotizó 148 semanas y, esa normativa exigía 150 semanas de cotizaciones dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento o 300 en cualquier época.*
>
> *(…)*
>
> *Así las cosas, lo pretendido por la impugnante no se aviene razonable, ni siquiera, plausible a efecto de generar o propiciar una eventual contrastación entre lo reglado por el Acuerdo 049 de 1990, menos por la Ley 100 de 1993 y lo pactado extralegalmente para la aplicación del citado principio. Bien sabido es que el juez solamente puede tenerlo en cuenta cuando se genere una duda auténtica, seria y objetiva que lo conduzca a dos comprensiones opuestas de la misma disposición, caso en el cual debe inclinarse por la más favorable al trabajador, exigencias que no se cumplen en el sub judice. (…)"*

Y en relación con la retrospectividad, la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 309/19 expuso:

> *El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que "el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…'. De este modo, 'aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma'"*

Bajo las posiciones jurídicas precitadas, se tiene que las normas proferidas en nuestro ordenamiento jurídico rigen sobre las situaciones jurídicas que acontecen en su vigencia. No obstante, en circunstancias excepcionales, los efectos de las leyes en el tiempo pueden variar. Entre las posibilidades de

aplicación de las leyes en el tiempo se han reconocido jurisprudencialmente la retroactividad, ultractividad y la retrospectividad:

> *(i) Retro-actividad: "en principio, se configura cuando* ***una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia***[1] *(…)".*
>
> *(ii) Ultra-actividad: "consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que,* ***si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas*** *de quienes se rigieron por la normativa derogada*[2]*.*
>
> *(iii) Retrospectividad: se encuentra desarrollada jurisprudencialmente, "consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues* ***sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva****".*
>
> *La aplicación retrospectiva de la ley en relación con el derecho a la pensión de sobrevivientes se había reconocido de manera uniforme y constante por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en virtud del principio de favorabilidad en materia pensional, en contraposición con el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, últimamente esta línea jurisprudencial ha sufrido, al menos, dos variaciones. La primera, en relación con el Consejo de Estado, Corporación que el* ***25 de abril de 2013*** *asumió la postura de la Corte Suprema de Justicia en relación a la irretroactividad de la ley. La segunda atiende a la* ***Sentencia T-564 de 2015****, dictada por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, la cual si bien reconoce la aplicación retrospectiva de la ley especificó algunos requisitos para el efecto. (…)" (Subrayas propias de la Sala fuera del texto original)*

De tal suerte, que la inconformidad planteada por la libelista, fue objeto de pronunciamiento por autoridad competente (jurisdicción ordinaria laboral) y a través del mecanismo idóneo (proceso ordinario laboral), sin dubitación de la que se puede afirmar que tuvo una resolución en forma definitiva en dicha oportunidad, lo que de suyo imponía a la Juez de primera instancia declarar probada la excepción de cosa juzgada al encontrarse reunidos los presupuestos previstos en la ley, sin que entrara a analizar un tema que no tenía injerencia en este asunto, como se procedió a explicar, conllevando que en la decisión de instancia no se realizó una estudio ajustado al material probatorio arrimado a las diligencias, aunque la decisión al final hubiera sido la correcta de absolver a la entidad demandada de las pretensiones, por lo que se debe confirmar la decisión, pero no por la razones expuesta en el fallo de primera instancia, sino por la configuración de la excepción de cosa juzgada que se declarará probada de oficio, no habiendo lugar, a resolver los reparos formulados en la parte apelante.

Basta lo hasta aquí analizado para confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta que el ataque se dirigió a la declaratoria de cosa juzgada, emitida por el por este colegiado, manteniéndose, por consiguiente, incólumes las demás determinaciones que no fueron objeto de reproche.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente atendiendo las resultas

---

[1] Ver Sentencias C-181 de 2002, T-060 de 2003, T-389 de 2009, T-110 de 2011 y C-258 de 2013, entre otras.

[2] Ver Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004 y T-110 de 2011, entre otras.

de la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de marzo de 2021, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CARMEN JULIA PANIAGUA DE MUÑOZ, en contra de FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de $1.000.000°°, a favor de la entidad demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,



MG

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500620180032301

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de Sobrevivientes – indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demanda **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contra de la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FLOR MARIA TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la Dra. Gina Paola Bustos Piragua en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 105 al 106 vto.

ANTECEDENTES

FLOR MARIA TORRES, promueve demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en procura de que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, desde la muerte del causante, indexada y/o ajustada al IPC o por mayor de sus correspondientes intereses moratorios y las costas que se generen en el proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución No. 012270 del 28 de marzo de 2006, reconoció en favor del señor ESTEBAN CRUZ TORRES (q.e.p.d.) una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que el 7 de octubre de 2006 fallece el causante; aduce que el señor Cruz Torres cotizo más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de su fallecimiento; que al momento de la muerte del causante estaba llevando una vida marital, compartiendo mesa y lecho con su compañera permanente señora Flor

María Torres, que dicha convivencia fue de forma singular, estable y permanente entre el 7 de diciembre de 1983 al 7 de octubre de 2006, fruto de esa unión procrearon 2 hijos.

El 27 de septiembre de 2017 la demandante solicito ante Colpensiones, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente; mediante la resolución SUB 256646 del 14 de noviembre de 2017, negó la pensión de sobreviviente argumentando que el señor ESTEBAN CRUZ TORRES (q.e.p.d.), en vida se le había reconocido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; la actora el 23 de marzo de 2018 solicitó la revocatoria directa de la resolución SUB 256646 del 14 de noviembre de 2017; a lo que la accionada a través de la resolución SUB 88459 del 4 de abril de 2018, confirmo la decisión adoptada en el acto administrativo de fecha 14 de noviembre de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado en legal forma la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dio contestación mediante escrito a folios 41 a 57, en donde se opuso a todas las pretensiones, declarativas y condenatorias formuladas por la demandante, solicitó que se absuelva a la entidad demandada de cada una de las peticiones formuladas en su contra; en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, salvo los que tienen que ver la convivencia entre el causante y la demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2020, resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONE*** *a reconocer y pagar a favor de la demandante* ***FLOR MARÍA TORRES****, la pensión de sobrevivientes, a partir del 7 de octubre de 2006, en cuantía $408.000, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas adicionales 13 y 14 pensionales al año, así con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados después de los 2 meses de gracias, es decir, desde el 28 de noviembre de 2017, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la entidad demandada, en la suma de $4.800.000, señálense como agencias en derecho."*

RECURSOS DE APELACIÓN.

APODERADA DE LA PARTE DEMANDADA - COLPENSIONES

Inconforme la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones, señala que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez, toda vez que ellos mediante la resolución 012270 del 28 de marzo de 2006, le reconocieron y pagaron la indemnización sustitutiva, la cual no es

compatible con la pensión de sobreviviente, y de establecerse la compatibilidad se ordene descontar los valores ya cancelados. Aduce también que no se encuentra acreditado en debida forma la convivencia entre la demandante y el causante, para que tenga derecho al reconocimiento a la pensión de sobreviviente; por lo que se deben negar las condenas que le impusieron a la entidad demandada.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora requiere que se confirmada la sentencia apelada y consultada de igual manera que se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la pensión para sobrevivientes, intereses moratorios y las costas del proceso. Ya que se probo que señor Esteban Cruz Torres (Q.E.P.D.) y la señora Flor María Torres, convivieron en forma singular, estable y permanente bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho entre el 7 de diciembre de 1.983 y el 7 de octubre de 2.006, es decir, por espacio de más de VEINTE (20) AÑOS, con vocación de esposos, conformando su núcleo familiar con sus Dos (2) Hijos, Manuel Esteban Cruz Torres Y María Victoria Cruz Torres.

Por su parte Colpensiones, peticiono que se revoque el fallo porque se revisó en los sistemas de información y bases de datos internos de Colpensiones, encontrándose que a la demándate mediante Resolución N° 012270 del 28 de marzo de 2006 se le reconoció, por parte del I.S.S. Seccional Cundinamarca, una Indemnización Sustitutiva de Pensión de Vejez, realizada ésta en un único pago al señor Esteban Cruz Torres entonces no cabe lugar a que la accionante la solicite en esas condiciones la indemnización sustitutiva se reconoce a las personas que no cumplen con las semanas de cotización para obtener la pensión de vejez y manifiestan voluntariamente no continuar con la vinculación al sistema, para así poder reclamar dicha prestación. No obstante, la indemnización sustitutiva es lo contrario al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entonces si una persona se le reconoce una indemnización sustitutiva no podría posteriormente pedir una pensión de vejez o viceversa, tal y como lo expresa el artículo 6 del Decreto 1730. Es decir que, al efectuarse el pago y reconocimiento de la pensión, los aportes dados durante toda la vida laboral son los que garantizan el pago y por tanto no podría darse una devolución, en la medida que el sistema de seguridad social en pensiones lo rige el principio de solidaridad.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo, se centra en determinar si se acredito la convivencia permanente entre la demandante y el causante en los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento. Y si es admisible conceder la pensión de sobreviviente a la demandante, ante el hecho de que al causante se le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con la documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que al Señor Esteban Cruz Torres (Q.E.P.D.), le fue concedida la indemnización sustitutiva pensión de vejez el 8 de marzo de 2006 (fl. 22), por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como el hecho de su fallecimiento, el 7 de octubre de 2006, en lo que atañe al reconocimiento a la pensión de sobreviviente, esta debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así, tenemos que los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales establecen, en lo que acá interesa, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

"ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*

2. ***Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento ...***

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez."

"ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
a) En forma vitalicia,** el cónyuge o **la** compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del

> ***pensionado,*** *el cónyuge o la compañera o compañero permanente* ***supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;****…"* (Negrilla fuera de texto)

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años antes del fallecimiento del causante con la compañera permanente.

Que analizado el material probatorio en todo su conjunto y requisitos que estimó el A quo determinando, que la demandante acredito la convivencia requerida para el efecto, conforme lo preceptuado en las normas transcriptas en líneas, pues se demostró una convivencia, permanente, situación que se refleja en las pruebas documentales que reposan en el expediente, entre ellas las declaraciones rendidas (fl, 16 a 18), de las que se extrae que la demandante y el causante convivieron juntos desde el 7 de diciembre de 1983 al 7 de octubre de 2006, y que dicha unión se procrearon 2 hijos, conforme se tiene de los registros de nacimiento a (fl, 19-20). Aunando a ellos se tiene de la revisión del fundamento para negar la pensión de sobreviviente por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en la resolución No. SUB 256646 del 14 de noviembre de 2017 (fl. 22-23), que la misma obedeció al hecho del pago de la indemnización sustitutiva al causante y no por la falta de convivencia, de los señores Esteban Cruz Torres (Q.E.P.D). y FLOR MARÍA TORRES (Q.E.P.D)., ni por su condición de beneficiaria, así las cosas, se advierte que los compañeros permanentes llevaron una vía marital por 23 años.

En ese orden de ideas, y atendiendo a que se acredita la convivencia entre la demandante y el causante, sea del caso, proceder a verificar la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobreviviente pese al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que en vida que se otorgó al Señor Esteban Cruz Torres (Q.E.P.D).

De tal suerte, que, analizado el material probatorio en todo su conjunto, no cabe duda para la Sala que la parte actora acreditó en debida forma que el causante, en lo que interesa el número mínimo de semanas cotizadas antes del fallecimiento, en efecto, dejó causado el derecho por cuanto durante los tres últimos años anteriores a su deceso entre el 07 de octubre de 2003 y el 07 de octubre de 2006, cotizó 119,16 semanas, expediente administrativo de COLPENSIONES (fl.79), superando así las 50 requeridas en la norma.

En este punto conviene precisar que si bien es cierto en vida le fue reconocida al afiliado, ESTEBAN CRUZ TORRES (Q.E.P.D.), una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por parte de COLPENSIONES con resolución No. SUB 256646 del 28 de marzo de 2006 por valor de $1.946.329 (fl. 22 a 24), de ninguna manera tal pago se muestra incompatible con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a

los derechos habientes cuando éstos acreditan reunir todos los requisitos, por la potísima razón que cada uno de tales pagos cubre una contingencia distinta, quedando así sin sustento la afirmación de la censura al indicar que de reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de un afiliado que en vida ha reclamado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez desangraría el sistema; máxime cuando tal estudió ya ha sido objeto de reiterada y pacífica jurisprudencia por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, pudiéndose citar, entre otras providencias, la sentencia SL16169 del 24 de noviembre de 2015, Radicación n.° 44791, MP Dr. Gustavo Hernando López Algarra, en la que refirió en lo pertinente:

> *"Para la Corte, el razonamiento que le sirvió de respaldo al Tribunal en su decisión de negarle a la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, prevalido de que el causante había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se torna a todas luces equivocado, en cuanto ésta última circunstancia para nada impide que los derechohabientes de una pensión distinta al riesgo de vejez, como lo es la pensión de sobrevivientes que se causa por la muerte del asegurado, la reclamen con el lleno de los requisitos legales exigidos para esa contingencia.*
> *Esta Corporación en sentencia CSJ SL. 25. Mar. 2009, radicación 34014, reiterada recientemente, en la sentencia CSJ SL 9769 – 2014, fijó su criterio en ese sentido, al considerar que no existía incompatibilidad alguna entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que recibió el causante y la pensión de sobrevivientes que corresponde a los beneficiarios de éste, siempre que cumplan con las exigencias legales para acceder a ese derecho, al efecto precisó:*
> ***"Para la Corte, ninguna razón válida existe para negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del causante, pretextando el hecho de que a éste, le fue reconocida en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que no se trata de la misma contingencia respecto de la cual se canceló la suma indemnizatoria****."*

Criterio reiterado, en la sentencia SL4064 del 4 de septiembre de -2019, Radicación n.° 61384, con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno.

Así las cosas, el hecho de que el afiliado haya recibido la indemnización sustitutiva en vida no imposibilita que los beneficiarios a que puedan reclamar una eventual pensión de sobrevivientes, si se llegada a demostrar que se tiene derecho al estar causada a pesar de haber sido pagada la indemnización sustitutiva.

En estas condiciones, y frente a los requisitos establecidos por la Ley 797 de 2003, a efectos de verificar el cumplimiento de requisitos establecidos para obtener la prestación, se observa de las documentales visible a (fl. 79), que el causante antes de su fallecimiento había acreditado un total de semanas cotizadas de 348.57 ante la entidad demandada, de las cuales 119,16 semanas fueron cotizadas en los tres últimos años (7 de octubre de 2003 a 7

de octubre de 2006), esto es, más de 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) últimos años anteriores a la fecha de su fallecimiento, sin que tal situación hubiere sido debatida por la demandada, ya que en ella se encontraba la carga de la prueba, con lo cual y a tendiendo los postulados jurisprudenciales constitucionales y legales, es procedente reconocer la pensión de sobreviviente a favor de la demandante, al cumplirse con cada uno de los requisitos exigidos para tal prestación pensional.

Bajo tal entendido, al encontrarse plenamente demostrados los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la promotora de esta actuación con ocasión del deceso de su compañero permanente Señor Esteban Cruz Torres (Q.E.P.D), ocurrido el 07 de octubre de 2006, procede la sala a estudiar la apelación en cuanto a la solicitud de devolución de valores pagados al causante, hecha por COLPENSIONES.

RETORNAR - devolución de valores - statu quo ante obliga.

De tal manera, que como en esta controversia se demostró el derecho de la beneficiaria a la pensión de sobrevivientes. Es del caso entrar a analizar el punto de apelación donde COLPENSIONES, solicita la devolución de los valores ya cancelados con ocasión del pago al causante, en razón al reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez, con Resolución No 012271 del 28 de marzo de 2006.

A hora bien es primordial precisar que el A quo no se pronunció sobre el punto específico al que alude la censura, esto es, el de la compensación, en efecto, tal estudió ya ha sido objeto de reiterada y pacífica jurisprudencia por parte de la H. Corte Suprema de Justicia. SL742-2022 Radicación N.º 89609 (...) "*en caso de ordenarse el reconocimiento del derecho principal –la pensión–, procede la compensación o restitución de la suma cancelada a título de devolución de saldos, pues estos recursos constituyen el soporte financiero de la prestación pensional*" (...). pudiéndose citar, entre otras providencias así: en sentencia.

> *CSJ SL3464-2019, puntualizó:*
>
> *(…) Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».*
>
> *En tal orden, es indispensable la recuperación de los valores entregados a los afiliados o beneficiarios por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, en la medida que estos recursos son el soporte financiero de la pensión. Esta es la razón por la que la pensión y la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva son*

prestaciones incompatibles, pues la percepción de la primera se nutre de las cotizaciones base de liquidación de las segundas.

De admitirse lo contrario, el afiliado, en contravía de los fines solidarios de la seguridad social, podría percibir dos prestaciones por cuenta de un mismo riesgo: la vejez. O dicho de otro modo, contabilizar dos veces las mismas cotizaciones para obtener un doble beneficio del sistema. (…)

De tal forma, que sí, bien es cierto que ambas obligaciones a compensar están representadas en dinero, son líquidas y exigibles, también lo es que las dos partes son deudoras en forma recíproca. Lo anterior, por cuanto si bien el causante recibió el porcentaje correspondiente en razón al reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez, entendido por la cual se concluye que es la demandante al ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en estricto sentido, la llamada a devolver el dinero entregado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Por tal cognición es procedente autorizar a la demandada a descontar lo pagado en razón de la devolución de los dinerales pagados.

DE LA PROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago. Así mismo, el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 establece, que el plazo máximo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es de dos (2) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si él o la beneficiaria realizan la solicitud de la pensión de sobrevivencia con la documentación que avale el derecho, y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses respectivos, salvo que el fondo de pensiones pruebe que el no pago a tiempo de las mesadas pensionales se debió a su actuar dentro de un marco normativo vigente, pero dándole un alcance o efectos disímiles. Sobre el punto se refirió la sentencia CSJ SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012[1], reiterada, entre otras, en la sentencia *CSJ SL, 15 oct. 2014, Rad. 44384.*

[1] La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.
Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no

En el presente asunto, el accionante radicó la solitud de estudio de la pensión de sobrevivientes el 27de septiembre de 2017 (Fls 26), siéndole negada la prestación conforme se lee en la Resolución SUB 256646 del 14 de noviembre de 2017, con el argumento de la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en vida a la afiliado y la pensión de sobrevivientes aquí peticionada, en claro desconocimiento de la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que se constituye como precedente obligatorio en las actuaciones de las entidades del Estado y, de suyo imposibilita tener por justificada la negativa aducida COLPENSIONES, al no tratarse de un hecho aislado o nuevo que le permitiera libremente y a su acomodo hacer una interpretación de la norma.

En tal orden de ideas, toda vez que la petición se elevó el 27 de septiembre de 2017, es claro que los dos meses con los que contaba la administradora para conceder la pensión vencieron el 28 de noviembre de 2017, por lo que los intereses sobre las sumas debidas (retroactivo) corren a partir del 28 de noviembre de 2017 y hasta que se verifique el pago de las mesadas causadas.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

> "***CONDENA EN COSTAS.*** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
> *(…)*
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
> *3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (…)"* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

En tal orden de ideas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su

---

resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

inconformidad la censura no se encuentra soporte legal y fáctico para que se acceda a revocar.

Ello es así porque las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte ganancioso efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.[2]

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.° 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

> *"Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlas de dicho rubro."*

Por lo expresado, toda vez que el A quo condenó en costas a COLPENSIONES ya que la sentencia le fue desfavorable a sus intereses, es por lo que se confirma tal determinación.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto de apelación, y se adiciona, autorizar a la demandada a descontar lo pagado en razón de la devolución de los dinerales pagados al causante correspondiente al reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez. Debidamente indexados, Conforme a lo expuesto en la parte motiva. En relación con las cotas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2020, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso

[2] Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

ordinario laboral promovido por FLOR MARIA TORRES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR autorizar a la ADMINISTRADORA COLOMBI ANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a descontar lo pagado en razón de la devolución de los valores pagados al causante correspondiente reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante resolución No. 012270 del 28 de marzo de 2006. debidamente indexados.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBI ANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de $1.000.000°°. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

Mg

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501020190054501

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: RECONOCIMIENTO PENSION DE SOBREVIVIENTE – (Intereses moratorios e Indexación a favor de Colpensiones.)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante y la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Diez (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 68 vto al 70 vto.

ANTECEDENTES

ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES, promueve demanda ordinaria laboral en contra de - **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en procura de que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del señor LUIS CARLOS RODRIGUEZ (Q.E.P.D.) en condición de compañera permanente, al pago de las mesadas pensionales liquidadas de la manera que señala la ley, así como las que se causen durante el proceso y hasta que se incluya en nómina a la señora ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor LUIS CARLOS RODRIGUEZ (Q.E.P.D.), falleció el 12 de marzo de 1997, que el causante se encontraba afiliado al régimen de Prima Media con prestación definida administrada por el Instituto de Seguro Sociales – ISS,

hoy COLPENSIONES; que el señor RODRIGUEZ, cotizó mas de 300 semanas antes del 01 de abril de 1994, que el causante y la demandante convivieron en calidad de compañeros permanentes desde el 29 de junio de 1962, hasta el día de su descenso. Posterior al anterior hecho, la señora HERNANDEZ CIFUENTES, solicitó ante el Instituto de Seguro Sociales – ISS, la pensión de sobreviviste, la cual fue negada a través de la resolución No. 008998 de 1998, bajo el argumento de que el causante no reunía los requisitos exigidos en el articulo 46 de la ley 100 de 1993. En la misma resolución se le reconoció a la señora HERNANDEZ CIFUENTES, la calidad de beneficiaria pensional del causante y le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.

CONTESTACIÓN

Una vez notificada la demandada en debida forma de la demanda dio contestación así:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con escrito de folios 29 a 35, se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias, aceptó los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento del señor LUIS CARLOS RODRIGUEZ (Q.E.P.D.), que el causante estaba afiliado al ISS, a lo referente a las semanas cotizadas, lo referente a la indemnización de pensión de sobrevivientes, la solicitud elevada por la demandante y la respuesta negativa y frente a la calidad de beneficiaria de la demandante. Así como propuso las excepciones de mérito; la prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir, no configuración al pago de intereses moratorios y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diez (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de mayo de 2021, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES A RECONOCER Y PAGAR a la demandante ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa con la normatividad del acuerdo 049/90 art 25 y 6, aprobado por el decreto 758/90 a partir del 13 de marzo de 1997 en cuantía inicial de $172.005 (SM.L.M.V.), en el porcentaje del 100%, en 14 mesadas pensionales, y deberá pagar el retroactivo pensional generado entre 09/08/2016 a 31 de mayo de 2021 en la suma de: $ 53.643.797, sin perjuicio del retroactivo correspondiente a las mesadas pensionales que se sigan causando hasta la efectiva inclusión en nómina de pensionados, de conformidad a la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES A RECONOCER Y PAGAR al demandante ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES los intereses moratorios del art 141 de la ley 100/93*, sobre cada mesada pensional causada a partir del 09 de agosto de 2016 desde la fecha de causación de*

cada mesada pensional hasta la fecha efectiva de pago de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE *la excepción de prescripción de las mesadas pensionales generadas con anterioridad al 09/08/2016 y se absuelve a COLPENSIONES del pago de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 09/08/2016 y se declara probada la excepción de compensación en la suma de $4.680.812 correspondiente a la indemnización sustitutiva pagada a la actora y se declara no probadas las demás excepciones propuestas por Colpensiones, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO: SE AUTORIZA A COLPENSIONES *a descontar del retroactivo pensional de la demandante los descuentos en salud y la suma por indemnización sustitutiva debidamente indexada en la suma de $4.680.812 (aclarando que la indemnización sustitutiva se deberá indexar al momento de realizar el descuento), de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.*

QUINTO: SE CONDENA *en costas a la entidad demandada a favor del demandante, Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de $ 4.000.000.*

SEXTO: *Súrtase el grado jurisdiccional de consulta, en caso de no ser apelada por la parte demandada por ser desfavorable a sus pretensiones art 69 del C.P.L. Y SS."*

RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, frente al numeral tercero de la sentencia, en lo que tiene que ver con la autorización otorgada a Colpensiones a descontar a la demandante por el pago por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente de forma indexada, por lo tanto, solicita al Tribunal que, la misma se ordene sin la indexación de dichas sumas, primero por cuanto la demandada se vio afectada en su derecho pensional y su patrimonio por la aplicación de la figura de la prescripción extintiva, en razón a que va a recibir las mesadas pensionales desde el año 2016 y no con fecha anterior y, en segundo lugar, porque si bien la indexación de las sumas de dinero se ha dirigido a contrarrestar los efectos que tiene la devaluación de la moneda mediante su adecuación y actualización de acuerdo a las variaciones que tienen los precios, la aplicación de dicha figura debe ser morigerada cuando se trata de sumas de dinero que se recibieron por parte del administrador de pensiones de buena fe, en tanto, implicaría obligar a quien recibe sumas de esta forma, asumir la pérdida del poder adquisitivo de un dinero que recibió por error de la administración y, que en este caso, no se vio afectado el patrimonio de la entidad, teniendo en cuenta, que en su favor opera la figura de la prescripción

En ese sentido la apoderada solicitó se modifique la sentencia y, en su lugar, se autorice a Colpensiones a descontar lo pagado a la demandante por concepto de indemnización sin la indexación.

PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación, en cuanto al numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, ya que, considera que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, señala que el pago de intereses moratorios procede única y exclusivamente cuando el fondo de pensiones incurre en mora en el pago de los aportes de pensiones ya reconocidas, sin embargo, manifiesta que en el presente proceso lo que se pretendía era reconocer y pagar una prestación económica, pero al no haber sido reconocida, si no hasta esta instancia procesal, no puede ser condena Colpensiones al pago de los intereses, pues indica que no habían nacido estas obligaciones hasta el momento de la sentencia.

Por lo anterior, la apoderada solicitó al Tribunal se revoque la sentencia de forma parcial en cuanto a la condena impuesta a Colpensiones, por los interese moratorios y la condena en costas, ya que, Colpensiones demostró voluntad de reconocer y subsanar la falencia del año del año 1998, por el ISS.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia y en ese sentido se autorice a Colpensiones, a efectuar el descuento por la suma únicamente otorgada a ella a través de la resolución nro. 008998 de 1998 esto es, la suma de $1.968.778, sin la indexación de la misma conforme a lo indicado en precedencia, y se confirme en lo demás la sentencia proferida en primera instancia como quiera que le es favorable a mi representada.

Por su parte, COLPENSIONES, requiere su absolución porque se concedió indemnización Sustitutiva de Pensión de Sobrevivientes a favor dela demandante, en cuantía única de $1,968,778, la cual ingresó en la nómina 199905 que se pagó en el periodo 199809 que se pagó en el periodo 199810, la misma será descontada del retroactivo de pensión de sobrevivientes reconocido mediante el presente acto administrativo, suma que actualizada al presente año (2019).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en determinar si la demandante señora ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES, debe o no, devolver el valor del pago realizado por Colpensiones, reconocido a través de la resolución No. 08998 de 1998, por un valor de 1.968.776, por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente con indexación; Y si Colpensiones debe realizar

el pago o no, de los intereses moratorios sobre cada mesada pensional causada a partir del 09 de agosto de 2016, de acuerdo a lo establecido en el articulo 141 de la ley 100 de 1993.

No es objeto de discusión en esta instancia que, le fue reconocida por parte de Colpensiones a la señora ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES, la calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente del señor LUIS CARLOS RODRIGUEZ (Q.E.P.D.) con efectividad a partir del 12 de marzo de 1997.

DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN

Al adentrarse al escrutinio del caso puesto a la Sala, se tiene que, la apoderada de la parte demandante alude, que devolver el dinero recibido por parte de la administradora de pensión por la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, con indexación, afectaría su patrimonio, pues alega que se trata de sumas de dinero que recibió por parte de Colpensiones de buena fe.

Ahora bien, el Consejo de Estado en Sentencia 2014-01302 de 2020, indico sobre la indexación de mesadas pensionales, lo siguiente:

> *(…) "La jurisprudencia de esta Corporación8 ha entendido que la indexación es el mecanismo que se utiliza para revalorizar las obligaciones pensionales, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que por el transcurso del tiempo han perdido poder adquisitivo.*
>
> *Por su parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el derecho a la indexación, tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad y ha indicado que, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 48 y 53 de la Constitución Política, la actualización monetaria de las mesadas tiene por finalidad evitar la disminución del poder adquisitivo de las pensiones con ocasión del tiempo comprendido entre el momento en el que la persona cumple los requisitos para pensionarse y cuando la prestación es efectivamente reconocida y pagada.9*
>
> *Teniendo en cuenta ello, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente al afirmar que el derecho a la indexación de la mesada pensional es un asunto de relevancia constitucional, en tanto que es una forma de materializar diversos principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1991, tales como el principio de Estado Social de derecho, de indubio pro operario y los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.10*
>
> *A su vez, esta corporación ha indicado que el criterio de equidad es el que motiva el reconocimiento en vía judicial de la indexación de mesadas. En la providencia del 20 de enero de 2011, se indicó lo siguiente:*
>
> *Este tema del ajuste de valores o indexación ha sido tratado por la Corporación en relación con las condenas que profiere esta jurisdicción, con base en la concepción del Estado Social de Derecho que nos rige a partir de la Carta Política de 1991, y su dinámica gira alrededor de la vigencia de un orden justo, para lo cual se asignó a*

las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Se ha llegado, incluso, a decretar de manera oficiosa la actualización de valores económicos. Sobre el particular son pertinentes las siguientes consideraciones expuestas en la sentencia de 15 de noviembre de 1995, dictada en el proceso No. (sic) 7760, Consejero Ponente joaquín barreto ruíz:

[…] El ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servicios del Estado, fustiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

Por lo anterior, en casos como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su Artículo 230, en armonía con aquellos preceptos de la constitución que, como atrás se dijo, le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo." (…)

Frente al caso particular, es necesario significar lo dispuesto en el articulo 230 de la Constitución Política, que reza: "*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*." Entendiéndose por lo anterior, que la demandada Colpensiones, también goza de las garantías constitucionales y no se le podría cercenar el derecho a la compensación propuesta oportunamente por la apoderada de la parte demandada, en las excepciones al momento de dar respuesta a la demanda, en el entendido que el Instituto de Seguros Sociales - ISS, mediante resolución No. 08998 de 1998, reconoció y pago a la demandante AN FELIZA HERNANDEZ CIFUENTES, una Indemnización Sustitutiva de Pensión de Sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor LUIS CARLOS RODRIGUEZ, por la suma de $ 1.968.776 M/te, suma que deberá descontarse del retroactivo al que tiene derecho la actora.

En consecuencia, tiene razón el a quo de primera instancia en autorizar a la administradora Colpensiones al descuento de la indemnización sustitutiva y la indexación correspondiente, esto con el fin de cumplir con lo previsto en el articulo antes mencionado, sobre la elemental equidad que debe existir en la aplicación por parte del juez con respecto al ordenamiento jurídico.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

El Legislador reguló la institución de los intereses moratorios en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. *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 efectué el pago"

Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU065/18, frente a los intereses moratorios a mesadas pensionales, según el art. 141, de la ley 100/93, ha indicado lo siguiente:

(…) "La postura asumida por la Corte Constitucional, en sede de control abstracto y concreto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior." (…)

Podemos inferir que, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago. Así mismo, el artículo 1 de la Ley 717 de 2001, establece, que el plazo máximo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es de dos (2) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, es claro que, si él o la beneficiaria realizan la solicitud de la pensión de sobrevivencia con la documentación que avale el derecho, y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses respectivos.

En el presente asunto, la accionante radicó la solitud de estudio de la pensión de sobrevivientes el 04 de septiembre de 1997 (Fls 3 a 8), siéndole negada la prestación conforme se lee en la Resolución 008998 del 27 de agosto de 1998, con el argumento de que el causante no reunía los requisitos exigidos en el articulo 46 de la ley 100 de 1993.

En tal orden de ideas, el a quo de primera instancia, no se equivoca al condenar en el ordinal segundo de la parte resolutiva, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES, los intereses moratorios del art 141 de la ley 100/93, sobre cada mesada pensional causada a partir del 09 de agosto de 2016, dando aplicación al termino prescriptivo de 3 años.

Por lo mencionado, se confirma la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Diez (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COSTAS: Ante el resultado desfavorable de los recursos; sin costas en esta instancia, las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Diez (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA FELISA HERNANDEZ CIFUENTES en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,



MG

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad. 11001310501420180055 3-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE (Compañera permanente).

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA** identificada con **C.C. No. 51.727.661 de Bogotá** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderada sustituta a la Dra. Paola Andrea Orozco Arias en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 115 a 118.

ANTECEDENTES

El apoderado de la parte demandante, pretende que sea declarado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, el derecho de la pensión de sobreviviente a favor de la señora OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, con ocasión del fallecimiento del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), y ordenar el pago de los intereses de mora que señala el artículo 141 de la ley 100 de 1993, que en caso de no reconocer los anteriores intereses, se condene a pagar a la demandada las sumas que resulten reconocidas de manera indexada, condenar a COLPENSIONES, a asumir la

suma por concepto de aportes a seguridad social integral (salud y pensión), condenar a la accionada al pago de las costas y agencias en derecho, así como el reconocimiento y pago de los demás derechos que resulte probados a favor de la demandante, en virtud del principio ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, que, el señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.) falleció el 24 de marzo de 2018, a quien mediante resolución No. 008342 de 1999, se le otorgo la pensión de vejez por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Así mismo, manifestó que, la poderdante fue compañera permanente del señor MORENO, de manera ininterrumpida desde el 11 de junio de 1997, hasta el deceso del causante, compartiendo lecho, techo y mesa. Igualmente, adujo que la demandante dependía económicamente de su compañero, que se encontraba como beneficiaria en salud, del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), en las siguientes entidades; en el ISS, posteriormente en la Nueva EPS S.A. y, asimismo, en Salud Total E.P.S. Indicó que la señora ARCHILA, no cuenta con pensión y que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), en abril de 2018, ante COLPENSIONES, la cual, fue negada en la resolución No. SUB 133623 del 21 de mayo de 2018; por no haber acreditado su condición de compañera permanente, por lo tanto, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el 05 de junio de 2018, la cual fue resuelta a través de las resoluciones No. SUB 154735 del 15 de junio de 2018 y resoluciones No. DIR 11679 del 21 de junio de 2018, respectivamente, confirmando la decisión tomada en No. SUB 133623 del 21 de mayo de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría expuso no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha del fallecimiento del señor MORENO, acaecido el 24 de marzo de 2018, el otorgamiento de la pensión de vejez por COLPENSIONES, mediante resolución No. 008342 de 1999; así como la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva realizada por la señora OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, ante COLPENSIONES, la cual le fue negada mediante resolución No. SUB 133623 del 21 de mayo de 2018, finaliza señalando que interpuso recurso de reposición y en subsidió de apelación, los cuales fueron resueltos confirmado la decisión que negó la petición de la parte demandante.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, planteó las excepciones de inexistencia del derecho de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción, innominada y/o genérica. (fls 57 a 66).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2021, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante señora **OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA** en calidad de compañera permanente la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Luis Felipe Moreno Díaz a partir del 24 de marzo de 2018, en la cuantía que venía devengando el pensionado fallecido, trámite que debe hacerse junto con la mesada adicional a que haya lugar y además las mesadas adeudas que deben ser pagadas debidamente indexadas desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta cuando se verifique el respectivo pago.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios implorados y de la pretensión quinta de la demanda atinente a descuentos en salud.*

***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por el extremo pasivo, en relación con las pretensiones que alcanzaron prosperidad.*

***CUARTO**: **CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, por haber sido vencida en juicio. En oportunidad se tasarán.*

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque no se tuvo en cuenta lo manifestado por el técnico que realizó la investigación administrativa que fue ordenada por la misma entidad para verificar la solicitud elevada por la demandante respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, en dicha investigación, se indicó que no se había acreditado la veracidad de la solicitud presentada por la demandante, en tanto que no acreditó haber convivido con el causante, y únicamente aportó una foto tipo carnet del causante y la cedula, así mismo y respecto de los familiares entrevistados, indicaron que conocieron a la demandante señora OFELIA HERMINIA ARCHILA hace 3 años pero que solo la vieron una vez antes del fallecimiento del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ, de igual manera el hermano del causante fue entrevistado, indicado que la demandante y el señor LUIS FELIPE MORENO DÍAZ, conviven hace 24 años, pero que no presencio mucho de dicha convivencia, máxime cuando el causante lo visitaba siempre iba solo. En vista de las inconsistencias que se evidenciaron durante la investigación administrativa se decidió negar la solicitud elevada por la actora.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

El mismo se centra en determinar si la señora OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, cumple con los requisitos establecidos en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, para que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, le reconozca la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), así como los intereses de mora que señala el artículo 141 de la ley 100 de 1993, asumir la suma por concepto de aportes a seguridad social integral (salud y pensión) y condenar a la accionada al pago de las costas y agencias en derecho.

GRADO DE JURISDICCION POR CONSULTA

Es claro que, según los presupuestos legales, en cuanto a la al grado de jurisdicción por consulta, que se emite al superior jerárquico de quien emite la sentencia el código procesal del trabajo y de la seguridad social reza en su artículo 69 que:

> *"Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta". (…)*
> *(…) También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. (…)*

En sentencia C 424 de 2015 la corte constitucional, dijo:

> *Se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.*

Al respecto, dado que la sentencia de primera instancia condenó a la entidad demandada, y no hubo recurso alguno en contra del fallo, el juez recurre a accionar el grado de jurisdicción por consulta, donde este colegiado deberá revisar el fallo según reza la norma, para corregir cualquier error en que haya podido incurrir el a-quo,

En particular se determinará, si se cumple con los requisitos que según la ley son necesarios para adquirir los beneficios pensionales otorgados al cónyuge o compañero permanente por causa del fallecimiento del

pensionado, de esta manera se aclarara si el juez realizó la práctica de pruebas en debida forma, para tomar la decisión que en este momento es motivo de consulta.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE

Una vez contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con la extensa documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que al señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), le fue concedida la pensión de vejez por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como el hecho de su fallecimiento, el 24 de marzo de 2018, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

(…) "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 de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes 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;

b) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión de dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o 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." y corresponde a la parte de la norma analizada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 declarándolo exequible condicionalmente en el entendido que además del esposo o la esposa, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se

dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido).”(…)

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años continuos inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

De acuerdo con lo previsto, la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar al derecho de la pensión sustitutiva, como compañera permanente supérstite, con ocasión del fallecimiento del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), si se debe pagar los intereses moratorios y/o
el retroactivo debidamente indexado y que se condene al pago de las costas y agencias en derecho del proceso a la demandada.

Que analizado el material probatorio en todo su conjunto y requisitos que estimó el A quo determinó, que la demandante acredito la convivencia requerida para el efecto, conforme lo preceptuado en las normas transcriptas en líneas, pues se demostró una convivencia con el señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), por más de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, situación que se refleja en las pruebas documentales y testimoniales que reposan en el expediente, entre ellas las afiliaciones a salud de la señora OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, como beneficiaria del pensionado desde el 05 de junio de 1999, en el extinto ISS, posteriormente, en la Nueva EPS S.A., a partir del 01 de agosto de 2008 y en Salud Total E.P.S., a partir del 31 de octubre de 2012, las cuales reposan a folios 21, 24 y 25.

Igualmente, se encuentra declaración extra juicio del señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.) y de la señora OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, del 03 agosto de 2009, ante la Notaría Treinta y Ocho (38) del Círculo de Bogotá, mediante la cual declararon voluntariamente que convivían en unión libre y bajo el mismo techo desde hace 14 años y que la señora ARCHILA CARDONA, dependía económicamente del pensionado (fl 26); También, reposa en el expediente a folio 28, declaraciones extra proceso rendida por los señores Flor María Castellanos de Peña Y Laureano Peña, ante la Notaría Sesenta y Uno (61) del Círculo de Bogotá, del 29 de mayo de 2018, las cuales dan cuenta que conocían a la pareja, desde hace 14 años, que convivieron en unión marital de hecho, ya que, le arrendaron un apartamento ubicado en la carrera 79 G # 15 A-39, donde vivieron desde el 2002 hasta el 2016, compartiendo techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida, folios 28 y 29.

De las testimoniales, se encuentra la declaración de la señora Berenice Ramírez de Catillo, de audiencia celebrada el 08 de agosto de 2019, quien manifestó que conocía a la señora ARCHILA CARDONA, hace 20 años, ya que, el señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), trabajó con uno de sus familiares, así mismo afirmo que la pareja vivió en el barrio Britalia y Visión Colombia, que la pareja la visitaba en su casa, ya que, ella los visitaba muy poco y que estuvo en el funeral del pensionado. Testimonio del señor Rafael de Jesús Catillo Garzón, relató que conocía a la pareja hace 20 años, que le constaba que el señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), trabajaba

manejando una volqueta para un depósito de materiales, que el señor LUIS FELIPE, trabajo como conductor de Velotax en El Terminal, que vivió en el barrio Visión Colombia, Bosa Brasil y luego en Kennedy, que lo visitaba a su residencia y lo llevaba de acompañante cuando viajaban; finalmente, afirmó que el señor MORENO, no tuvo otros hogares ni hijos, que si le constaba que tenía afiliada al seguro social a la señora ARCHILA CARDONA y que vivían en arriendo.

También se observa en el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES, constancia de asistencia de proceso ordinario radicado bajo el No. 593 de 2018, en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, adelantado por el causante, con el fin de reclamar el incremento pensional del 14% por su compañera OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, del cual se evidencia contestación por parte de COLPENSIONES y una petición radicada ante la misma entidad reclamando vía administrativa el incremento en fecha 16 de agosto de 2013.

Hecho el análisis dentro de ese proceso esta colegiatura de conocimiento encontró acreditada la condición de compañera permanente entre la demandante y el causante, desde el año 1999, pues es necesario recalcar que todas las pruebas valoradas demostraron sin ninguna duda el tiempo de convivencia, ya que, las mismas demuestran que la aquí demandante estuvo afiliada como beneficiaria del pensionado a salud desde la anualidad antes mencionada y los testimonios rendidos ratifican dicha información, pues de los mismos se extrae que conocieron a la pareja desde hace de 20 años, que les consta que compartían techo, mesa y lecho, que la señora OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, dependía económicamente del causante, que convivió con el señor LUIS FELIPE MORENO DIAZ (Q.E.P.D.), hasta la fecha del fallecimiento del mismo; pruebas todas ellas, dan cuenta no sólo de que la pareja mantuvo un vínculo marital hasta el fallecimiento del pensionado, sino de su efectiva convivencia por tiempo superior a cinco años antes del deceso del pensionado.

Por otra parte, la existencia de un proceso ordinario en el que el causante, solicitó el incremento pensional del 14% por su compañera OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, ante una entidad administrativa y también se destaca que, en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, obra la solicitud de la misma, pruebas que dan certeza y pleno convencimiento de la existencia de la convivencia entre la demandante y el causante, las cuales en ningún momento fueron desvirtuadas por la entidad demandada mediante prueba en contrario.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto de grado jurisdiccional de consulta conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por OFELIA HERMINIA ARCHILA CARDONA, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia y se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520190023601

En Bogotá D.C., a los Treinta y uno (31) días del mes de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – DEPENDENCIA ECONÓMICA-MADRE.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., contra sentencia del 09 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quine (15) laboral del circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ en contra de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, promueve demanda en contra de ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, a partir del 01 de octubre de 2011, con el pago de los intereses moratorios de que trata el articulo 141 de la ley 100 de 1993, retroactivo debidamente indexado, las costas del proceso, lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones señaló que su hijo FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), se encontraba afiliado a la AFP-PORVENIR S.A., quien en vida no contrajo nupcias, no convivió en unión

marital y no procreo hijos y que desde que cumplió la mayoría de edad se convirtió en su apoyo económico, satisfaciendo las necesidades básicas de alimentación y vestuario, que el señor FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), falleció el 01 de octubre de 2011 y que para el momento del deceso acreditaba mas de 50 semanas de cotización, cumpliendo con lo exigido en el articulo 46 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2033. Así mismo, el 13 de febrero de 2019, presentó reclamación de sobreviviente, ante la AFP-PORVENIR S.A., derecho que le fue negado el 05 de marzo de 2019, argumentando la entidad que no fue acreditada la dependencia económica. Que de acuerdo con el articulo 74 de la ley 100 de 1993, existe suficiente material probatorio, que dan cuenta que la demandante dependía económicamente del su hijo fallecido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, AFP-PORVENIR S.A., no dio contestación a la misma.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

"PRIMERO: DECLARAR *que la señora* ***DORA STELLA CÉSPEDES ÁLVAREZ,*** *identificada con la C.C. No. 39.653.771 es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su hijo FABIAN ANDRES TORRES CÉSPEDES a partir del 2 de octubre del año 2011, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la demandada* ***ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*** *a pagar a la señora DORA STELLA CÉSPEDES ÁLVAREZ a partir del 2 de octubre del año 2011 en una cuantía inicial de $535.600,00 el retroactivo causado con los ajustes legales año a año, el cual se pagará debidamente indexado hasta el momento efectivo de pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

TERCERO: AUTORIZAR *a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a descontar del retroactivo que se ordena pagar desde el 2 de octubre del año 2011, lo correspondiente a la Seguridad Social en Salud a favor de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva.*

CUARTO: ABSOLVER *a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra específicamente en lo que refiere al reconocimiento de*

los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme lo expuso.

QUINTO: *CONDENAR en costas a la parte demandada PORVENIR y a favor de la parte actora para efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente 10 SMLMV para el año 2020."*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandada la AFP-PORVENIR S.A., solicitó se revoque la decisión de primera instancia, quien argumentó que no se cumplió con los lineamientos de la sentencia 14923 del 29 de octubre 2014, que define 3 elementos a tener en cuenta para la condición de dependiente económico. Primero, que debe ser cierto y no que se presuma. Segundo, que la participación económica debe ser regular y periódica. Tercero, las contribuciones que configuran la dependencia económica deben ser significativas. Que si bien es cierto no se puede exigir pobreza absoluta por parte de la accionante, si exige que si se pruebe las condiciones el tiempo modo y lugar. Afirma, que no se probó que, se afectara la calidad de vida o el mínimo vital de la accionante, por el fallecimiento del afiliado, ya que, se probó que los ingresos de esta son suficientes para su subsistencia, arguye el apoderado de la entidad que los gastos de la actora están sobre los $200.000 pesos; por lo tanto, no se probó la dependencia económica. Frente al interrogatorio de parte, alega el apoderado que no puede la demandante alegar su propio dicho para demostrar la dependencia económica; así mismo, manifiesta que con los testimonios que reposan en el expediente no se logra probar la dependencia económica, se probó que la hija de la accionada, de nombre Bibiana Torres, la tiene afiliada como su dependiente económica desde el 2002 a seguridad social. Que, si bien es cierto, el causante empezó a trabajar desde el año 2010, nunca reportó como beneficiaria a su señora madre a pensión y por lo tanto como dependiente. Argumenta el apoderado de la demandada que el decreto 1703 del 2002 y decreto 806 de 1998, reconoce que hay un grupo familiar que es quien se beneficia de quien cotiza y en este caso seria sus progenitores si efectivamente dependieran económicamente del causante. Solicita el apoderado al Tribunal que tenga en cuenta la sentencia SL3160 de 2019, de la Corte Suprema de Justicia, la cual establece que la dependencia económica debe recorrer el camino de la sana critica de la prueba y no se debe presumir la dependencia económica. Solicita que se aplique de modo subsidiario si hay condena a la prescripción de mesadas, toda vez que la accionante no puede alegar su propia culpa, pues el afiliado falleció en el 2011 y la accionante eleva reclamación de pensión hasta el 2016 e inicia proceso judicial en el 2019. Consideró que la prescripción de mesadas

debe aplicarse conforme al articulo 151 y 488, por cuanto son normas de interés general y velan por la seguridad jurídica, conforme a la sentencia C-916 de 2010, que establece, que las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, al ser de interés general prevalecen conforme a la Constitución y da viabilidad a un orden justo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término concedido, Porvenir, peticiono que se revoque el fallo porque el afiliado (q.e.p.d) NO reportó a salud EPS como dependientes ni beneficiarios a sus padres, por el contrario quien si la reportó como su beneficiaria fue su hija BIBIANA TORRES, por otro lado respecto a la dependencia económica de padres en relación de su hijo fallecido, si bien podría ayudar eventualmente a los gastos como un buen hijo, no debe entenderse como dependencia. Por todas las pruebas que se allegaran al proceso, se le informo a los demandante que dentro del proceso de validación y verificación de información a la solicitud allegada para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente se estableció que al momento del fallecimiento del señor, de acuerdo con la Ley 797 de 2003 artículo 12,13, y 77 de la Ley 100 de 1993, las razones jurídicas para no reconocer la pensión de sobreviviente es que no dependían económicamente del afiliado, por lo cual no resulta jurídicamente procedente acceder al reconocimiento de la solicitud pensional, existiendo la posibilidad de que acceda a la devolución de saldos.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la demandante, en calidad de madre sobreviviente, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse el tema de la dependencia economía respecto del afiliado fallecido, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS). Como también se analizará si hay lugar a la prescripción de mesadas conforme a los artículos 151 y 488, por cuanto son normas de interés general y velan por la seguridad jurídica, conforme a la sentencia C-916 de 2010.

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Como quiera que es la fecha del fallecimiento del señor FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso de aquel se produjo el 01 de octubre de 2011, como se lee en el registro civil de defunción que obra a folio 14, se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y que reza:

> *"Art. 47.- Modificado. Ley 797 de 2003, art. 13. Son beneficiarios de la pensión de sobreviviente:*
>
> *(…) "d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente (de forma total y absoluta) de éste;" (…)*

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró exequible el literal d) de la norma referida, salvo la expresión *"de forma total y absoluta"* señalada entre corchetes que fue declarada inexequible, indicándose;

> "*Partiendo de estas consideraciones, se concluye que* ***la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante*** *a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social,* ***desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.***
>
> ***Por lo anterior, la Corte declarará inexequible la expresión: "de forma total y absoluta"*** *prevista en la disposición acusada,* ***para que, en su lugar, sean los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.***
>
> ***Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo.*** *En este contexto,* ***es innegable que la dependencia económica siempre***

supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.” (Negrita fuera de texto).

Así las cosas, es necesario entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de terminar si la demandante dependía del causante.

Al respecto obra a folios 87 a 89 expediente administrativo allegado por PORVENIR S.A., ante la solicitud del juez de primera instancia en auto del 14 de septiembre de 2020, de allegar al proceso el expediente administrativo del afiliado, en el cual indica que, el causante se afilió al Fondo, el 13 de octubre de 2010, que la demandante, presento reclamación de pensión de sobrevivientes el 27 de abril de 2016, con ocasión al fallecimiento del afiliado, en la cual, según la entidad la solicitante relacionó que tenía vivienda propia y recursos propios como independiente, que, en comunicación del 02 de marzo de 2017, PORVENIR S.A., rechaza la solicitud, por ausencia de cotización de 50 semanas del afiliado, que, en comunicación del 24 de octubre de 2017, se reiteró el rechazo pensional. Mencionan que la señora CESPEDES, presento una nueva reclamación de pensión de sobrevivientes el 13 de febrero de 2019 y en comunicación del 05 de marzo de 2019, PORVENIR S.A., rechaza la solicitud, por cuanto la actora figuraba como dependiente económica de su hija Bibiana Torres, ante la EPS Famisanar, y que, por el contrario, su hijo fallecido no la tenía afiliada como dependiente económica. Por otra parte, mencionan que allegan en el expediente declaración juramentada de la accionante afirmando soltería del causante, informe de investigación del fallecimiento, registro civil de nacimiento, cedula de ciudadanía del causante donde se puede establecer que nació el 21 de junio de 1990 y tenía 21 años al fallecer, movimiento de la cuenta, donde se aprecia que no se han devuelto los saldos, informe de investigación de PORVENIR S.A., que milita a folio 121.

En efecto, en el citado informe se lee que el cotizante, a la fecha de su fallecimiento no tenía matrimonio, unión marital de hecho, ni hijos, que vivía con su señora madre, de nombre DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, quien trabajaba por días en una plaza de mercado, y quien recibía ayuda económica por parte de su hijo, que la señora CESPEDES, informó que era propietaria de un inmueble, que no tenía negocios, ayudas del estado, ni pensiones, indicó que era madre de dos hijos más, Bibiana y Efraín Torres Céspedes, de quienes afirmó no recibía ayuda. También se puede observar en el informe que el causante no vivía con su padre, aproximadamente hace 10 años y a quien fue imposible localizar. Que la anterior información fue confirmada por la señora Bibiana Torres, Carmen Cespedes y María del Carmen Mariño, quienes son hermana, tía y vecina

del afiliado. Finalmente, en el informe aducen que la demandante tiene vivienda propia, ingresos propios como independiente y está afiliada a la EPS, por parte de su hija Bibiana Torres y no por parte del causante.

Ahora bien, verificado el expediente administrativo, se evidencia que el afiliado empezó a cotizar en el Fondo Porvenir S.A., desde el 13 de octubre de 2010 hasta septiembre de 2011, de lo que se puede extraer que realizó aporte de 12 meses, mas 19 días, lo que da un resultado aproximado de 54 semanas de cotización, por lo tanto, se cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas con anterioridad al fallecimiento, contrario a lo indicado por la entidad demandada en respuesta del 02 de marzo de 2017, mediante la cual rechaza la solicitud a la aquí demandante, por ausencia de cotización de las 50 semanas.

Por otra parte, examinada la información de la demandante en declaración bajo la gravedad de juramento, del 29 de noviembre de 2018, ante el notario Diecisiete (17) del Circuló de Bogotá, la cual reposa a folio 19, se extrae que, declaró que al momento del fallecimiento del causante, este ultimo era de estado civil soltero, no había contraído matrimonio civil, católico o por otro rito y no convivio en unión marital de hecho con nadie, que no tuvo hijos reconocidos, legítimos, naturales, por reconocer o en proceso de adopción, manifestó que en el año 2011, su hijo convivía con ella bajo el mismo techo y era quien le colaboraba con los gastos de manutención, alimentación y vivienda, que dado el fallecimiento de este, se vio afectada económicamente.

A su vez, reposan en el expediente declaración bajo la gravedad de juramento, del 29 de noviembre de 2018, ante el notario Diecisiete (17) del Circuló de Bogotá, de los señores MARIA DEL CARMEN MARIÑO, FERNANDO DIAZ DIAZ y GLORIA JANNETH TORRES DUARTE, las cuales militan a folios 21 a 23, en la que afirman conocer a la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, de trato, vista y comunicación, desde hace 20 años, que les consta que fue la madre del señor FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), el cual falleció el 01 de octubre de 2011, que al momento del fallecimiento este era de estado civil soltero, no había contraído matrimonio civil, católico o por otro rito y no convivio en unión marital de hecho con nadie, que no tuvo hijos reconocidos, legítimos, naturales, por reconocer o en proceso de adopción, declararon que en el año 2011, el señor FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.) y la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, convivía, bajo el mismo techo y se colaboraban con los gastos de manutención, alimentación y vivienda, que dado el fallecimiento de este, la señora CESPEDES, se vio afectada económicamente.

De otro lado, con la prueba declarativa se pudo constatar lo siguiente:

Respecto del interrogatorio de parte que rendido por la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, la misma manifestó que vivía únicamente con su hijo FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), ya que, sus otros dos hijos habían hecho vida aparte y no le colaboraban económicamente, que su hijo FABIAN, trabajaba en la Clínica Colombia y estudió en el SENA, que ella y su hijo se ayudaban mutuamente, indicó que ella trabajaba en la plaza del 20 de julio, 2 veces a la semana, admitió que se ganada entre $50.000 a $100.000 pesos semanales, pero debía guardar para comprar nuevamente el producido, que con eso sobrevivía, mas lo que le ayudaba su hijo, que para el 01 de octubre de 2011, ella se encontraba pagando la cuota de la casa, pero cuando su hijo falleció, el SOAT, le hizo entrega de un cheque de $11.000.000 millones de pesos, el cual entregó a Davivienda y la casa quedo paga. Afirma que su hijo le colaboraba para pagar la cuota de la vivienda con $200.000 pesos mensuales, mercado y lo necesario para la casa, señaló que su hijo se ganaba el salario mínimo mensual y ella entre $250.000 y $300.000 mil pesos, expuso que los gastos mensuales de la casa por luz eran $17.000 mil pesos, por el gas $8.000 mil pesos, por el agua $30.000 mil pesos y lo de la alimentación era relativo, que no recibía ayuda del padre de sus hijos, ni de nadie más, que no tenía ingresos fuera de los 2 días de trabajo que realizaba.

Por su parte el testigo FERNANDO DIAZ DIAZ, vecino de la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, declaró que sabía que ella vivía con su hijo, que su esposa era quien le contaba todo acerca de la señora CESPEDES, ya que, el por su trabajo no le quedaba mucho tiempo, que su esposa fue quien le contó acerca del accidente que tuvo el hijo de la aquí demandante y todas las penitencias que pasaba para vivir, que para el año 2011, no frecuentaba la casa de la accionante, sin embargo, afirma que si le constaba que el joven FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), vivía solo con su mamá, que los otros hijos venían solo de visita, que le consta porque al vivir en el mismo barrio, se encontraba constantemente con el joven FABIAN y lo saludaba, que con respecto a la colaboración económica entre ellos, no tenía conocimiento, no obstante, su esposa le comentaba que la señora DORA, pagaba la cuota de la casa. Finalmente, el testigo expreso que la actora se dedicaba a traer mercado de Cáqueza y luego lo venia en la plaza del 20 de julio, en el mercado campesino los sábados y domingos, afirma que él fue varias veces a dicho mercado, pues a veces él se ofrecía a llevarla hasta la plaza.

Por su parte, la señora MARIA DEL CARMEN MARIÑO, también vecina de la demandante, indicó que aquella tuvo 3 hijos, los 2 mayores se fueron de la casa, que el hijo menor estudiaba en el SENA, enfermería y trabajaba en una clínica, quien vivía con su señora madre y le ayudaba con los gastos, que la señora CESPEDES, trabajaba en un mercado 2 días a la semana, sábado y domingo en la plaza del 20 de julio, que FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), le ayudaba con $200.000 pesos, para

pagar la cuota de la casa y ella pagaba el resto, que se compartían los gastos de los servicios y alimentación, expuso que el joven se ganaba un salario mínimo mensual, que los ingresos de la señora DORA, variaban dependiendo de las ventas del mercado, pues no había un ingreso constante, declaró que la anterior información la conoce porque es muy unida a la señora DORA, que se visitan con frecuencia, que evidenciaba cuando FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), le entregaba dinero a su señora madre, para el pago de los servicios de la casa, alimentación y $200.000 pesos, para la cuota de la vivienda, indicó que nadie más le ayudaba económicamente a la demandante, porque sus otros hijos se fueron y tenían sus obligaciones, además, afirmo que el causante al momento del fallecimiento tenia una novia, pero no convivía con ella y no tenia hijos.

Así mismo, la señora GLORIA JANNETH TORRES DUARTE, también vecina de la señora DORA STELLA, indicó que la conoce hace 15 años, porque cuando llegó a vivir al barrio, la señora DORA, ya vivía ahí, a dos casas de la suya, que la frecuenta de 1 a 2 veces a la semana. Que ella conoció a FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), cuando estaba en el colegio y después ingresó al SENA, que a la demandante le quedaba muy difícil económicamente pagar la cuota de la casa con lo que ganaba de la plaza, por lo tanto, vivía alcanzada en los gastos, que ya cuando FABIAN ANDRES, entro a trabajar en la farmacia de la Clínica Colombia, él le ayudaba con $200.000 para la cuota de la vivienda, el restante $150.000 pesos, los aportaba ella y él también le colaboraba con los gastos de la casa, (servicio y alimentación), por lo tanto, la señora DORA, le contaba que ya eso era un alivio, igualmente, afirma que no conocía exactamente los ingresos de ella en la plaza, que supone que el hijo se ganaba un salario mínimo mensual, porque estaba recién graduado. Que le consta que una vez FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), le compro unas gafas en una óptica a su señora madre, quien las necesitaba, que evidenció que el pago lo realizó él con una tarjeta de crédito por un valor de $1.500.000 pesos. Finalmente, afirma que la señora DORA, dependía económicamente de su hijo FABIAN, porque era con quien convivía y le ayudaba económicamente, le constaba que él le daba para pagar los servicio, pues los iban a pagar juntas.

De las declaraciones extra proceso y las pruebas testimoniales, se puede colegir que todos coinciden en afirmar que la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ y su hijo FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), vivían solos, bajo el mismo techo, comprobándose así el requisito de la convivencia, que él realizaba considerables aportes económicos para el sostenimiento del hogar, pues les consta que le daba dinero a su señora madre para el pago de la cuota de la vivienda, así como para el pago de los servicios y alimentación. También, coinciden todos en asegurar que la demandante, únicamente, trabaja 2 días a la semana en la plaza del 20 de julio, en el mercado campesino y esos son sus únicos

ingresos, cumpliendo de esta manera con el requisito de la dependencia económica y como quedo comprobado antes, el causante, cotizo mas de las 50 semanas requeridas por la ley, para cumplir con el requisito de la pensión de sobrevivientes.

Elenco probatorio que analizado en su conjunto permite colegir que, si bien es cierto la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, trabaja de manera informal y solo 2 días a la semana, para lograr su manutención, sus ingresos están lejos de alcanzar el salario mínimo legal mensual vigente, el cual se encuentra establecido en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo –CST y tiene como definición: "***Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural***". (negrita fuera del texto).

Definición, que está muy ligada al mínimo vital y que la Corte Constitucional en sentencia T-144/21, ha reiterado que el "*Derecho al mínimo vital como prerrogativa del Estado Social de Derecho.*

59. Desde sus inicios, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que «el Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance»[53]. Así, uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital.

60. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al mínimo vital se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad[54].

61. Para la Corte, esta garantía constitucional adquiere gran relevancia en «situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente»[55].

62. Así, desde la sentencia SU-995 de 1999, esta corporación reconoce el mínimo vital como un derecho fundamental ligado a la dignidad humana. En esa oportunidad, la Corte manifestó que «la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (…), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas (…) para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida»

Por lo tanto, contrario a lo indicado por la censura, frente a que no se demostró la dependencia económica, con las pruebas decretadas en el proceso y que la demandante no registra como dependiente económica del causante, sino de otra hija, para este colegiatura es evidente que FABIAN

ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), hijo de la actora era quien satisfacía varias de sus necesidades básicas, por lo que la demandada logro establecer que el afiliado fallecido sí aportaba en su hogar y que vivía con su madre quien se beneficiaba del aporte máximo o mínimo que le proporcionaba, tanto es así, que quedó demostrado que era su hijo fallecido era quien aportaba mas del 50% de la cuota de la vivienda, así como sus aportes para el pago de los servicios y la alimentación del hogar, conformado por él y su señora madre.

Y es que, como quedó visto, a partir de la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; esto es, que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014). Es así como ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026), situación esta última que no se logró por parte del Fondo, ya que, ni siquiera se tomó la molestia de contestar la demanda y mucho menos constatar las condiciones en las que vivía la demandante o aportar pruebas necesarias como otras declaraciones, o la comunicación con sus otros hijos, limitándose solo a manifestar que, la señora DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ, posee unos gastos que están sobre los $200.000 pesos; y, que, por lo tanto, no se probó la dependencia económica.

Conforme al análisis realizado de las pruebas existentes en el proceso la Sala puede concluir que la demandante dependía económicamente de la causante, FABIAN ANDRES TORRES CESPEDES (Q.E.P.D.), dado que independientemente de la proporción de su aporte en el hogar este era necesario para sufragar los gastos necesarios de aquella y en busaca de una vida digna, sin que la demandante tenga que demostrar un estado de mendicidad o indigencia para ser acreedora del derecho a la prestación pensional.

Por último, no deben olvidarse los distintos pronunciamientos referidos por la Corte Constitucional en "*sentencia del 29 de octubre del 2014 con radicado 47676 de la H. CSJ",* en la que se hace referencia a que la dependencia económica exigida para acceder a la pensión de sobrevivientes no puede concebirse como aquella frente a la cual el o los beneficiarios se encuentren en estado de mendicidad o indigencia, en tanto

de que la situación de recibir dinero de otras fuentes no significa que sea económicamente autónomo y pueda subsistir sin la ayuda de sus hijos.

DE LA INDEXACIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES CANCELADAS DE MANERA RETROACTIVA

Dado que se impuso condena a PORVENIR S.A., para que reconociera y cancelara debidamente indexadas las mesadas pensionales concedidas a la demandante en la decisión de primera instancia, como quiera que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo atendiendo la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional, es clara su procedencia cuando como en este caso se realiza el pago retroactivo de aquellas mesadas pensionales que al no verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, deben pagarse de forma tal que no se vean afectadas por el envilecimiento de la moneda, pues no se trata de un incremento o un mayor valor de la deuda original.

En efecto, mucho se ha dicho que la aplicación de la corrección monetaria procede únicamente como solución jurídica para el pago actualizado de las obligaciones monetarias en aquellos casos en que la ley laboral no se haya ocupado de reconocer la compensación de perjuicios causados por la mora en su solución o de dar a estos créditos el beneficio del reajuste automático y regular con relación al costo de vida. De ahí que, al producirse el pago de este retroactivo de manera tardía, no por culpa del aquí demandante, sino por la negativa inicial de la administradora en su otorgamiento al considerar que no le asistía el derecho, es por lo que se ratifica la orden de su pago.

Por lo anterior, la providencia atacada mediante el recurso ordinario se mantendrá incólume.

Constas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación. Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto de apelación y grado jurisdiccional de consulta en lo desfavorable a PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DORA STELLA CESPEDES ALVAREZ** en contra de **PORVENIR S.A. S.A.,** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada **PORVENIR S.A.**, atendiendo el resultado del recurso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de $1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

MG

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501720150013O-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES – (compañeras permanentes – cónyuge).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, e intervinientes excluyentes en contra de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR MARINA ROJAS MEDINA e intervinientes excluyentes MERCEDES BOCANEGRA LEAL y BLANCA INES PARRA en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 169 vto a 171 vto.

ANTECEDENTES

FLOR MARINA ROJAS MEDINA promueve demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y de las señoras MERCEDES LEAL BOCANEGRA y BLANCA INES PARRA, en procura de que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho por ser la compañera permanente por más de 8 años del causante Gildardo Córdoba Delgado, el retroactivo pensional junto con los aumentos legales anuales, las mesadas adicionales de junio y diciembre causadas y dejadas de percibir desde el momento del fallecimiento del causante debidamente indexadas, y que se tome como liquidación lo preceptuado en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por el artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Como fundamento de sus pretensiones, indica, en síntesis, que el señor GILDARDO CÓRDOBA DELGADO (Q.E.P.D.), falleció el 10 de septiembre de 2011; que en noviembre de 2002 la demandante y el causante iniciaron una relación sentimental, que el 30 de marzo de 2003, iniciaron su convivencia dentro del bien inmueble ubicado en la calle 186 bis # 25 B-37, de Bogotá, la que perduro por más de 8 años es decir hasta el fallecimiento del señor CÓRDOBA. El 18 de octubre de 2011, la actora solicitó ante el ISS, el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, que mediante resolución No. 003303 del 27 de enero de 2012, la entidad demandada le reconoció la pensión de sobrevivientes en una tasa de reemplazo del 69%, teniendo en cuenta el numero de semanas cotizadas y el IBL. Ahora bien, que a través de la resolución No. 13281 del 17 de abril de 2012, se dejo sin efectos la resolución 003303 del 27 de enero de 2012, sin tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales para tal beneficio. El 10 de agosto del 2012, presento nuevamente ante la entidad solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en condición de compañera permanente del causante, solicitud que no fue contestada por ISS, hoy COLPENSIONES, por lo cual, el 25 de enero de 2013, instauró acción de Tutela, con ocasión a la vulneración al derecho fundamental del derecho de petición, con el fin de que se le conteste de fondo lo pretendido, mediante el fallo del 05 de febrero de 2013, el juzgado Dieciocho (18) laboral del Circuito de Bogotá, tuteló el derecho fundamental de petición, ordenando brindar una respuesta de fondo y notificar en debida forma a la accionante, decisión que no fue acatada, por lo cual, el 03 de mayo de 2013, se tramitó el desacato instaurado por la demandante requiriendo a la parte demandada. El 26 de diciembre de 2013, mediante resolución No. GNR 297442 del 08 de noviembre de 2013, COLPENSIONES, negó una vez más, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aclarando que "*se suspende el tramite de prestación hasta tanto se decida judicialmente a que persona corresponde el derecho.",* toda vez que las señoras MERCEDES LEAL BOCANEGRA y BLANCA INES PARRA, también manifiestan supuestamente ser beneficiarias de la pensión solicitada. La demandante afirmó que a pesar de que trato de contactar a las señoras antes mencionadas, no conoce su lugar de residencia y desconoce la relación que estás manifiestan haber tenido con el causante. Finalmente, aduce que no tiene ningún ingreso económico y que no le ha sido posible acudir a los servicios de salud para que le brinden atención médica, vulnerando así sus derechos a la salud y a la vida digna.

CONTESTACIÓN

Una vez notificada en legal forma la parte demandada de la demanda dieron contestación así:

La apoderada de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante escrito a folios 61 a 71 se opuso a todas las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la mayoría salvo los relacionados con la convivencia y al reconocimiento de la pensión, la cual se encuentra supeditada a la decisión de la justicia ordinaria. Propuso las excepciones prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, genérica e innominada.

MERCEDES LEAL BOCANEGRA, fue notificada a través de curador, quien mediante escrito visible a folios 123 a 127, presento una intervención a excluyendo de su representa en la cual solicita que se declare que la señora a Mercedes Bocanegra Leal, tiene derecho a percibir como sustitución pensional el porcentaje dispuesto en la ley, que se ordene el pago retroactivo pensional; que se ordene a la demandada el pago indexado, así mismo el pago de los intereses moratorios.

BLANCA INES PARRA, a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda en escrito de folios 157 a 171, se opuso a la totalidad de las pretensiones, negó la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con la fecha de muerte del causante. Adicional a ello, propuso la excepción de inexistencia de la unión marital de hecho, ausencia de la convivencia, inexistencia de la causa. Por último, solicito que se declarara que entre la señora Blanca Inés Parra, existió una convivencia ininterrumpida en calidad de compañero permanentes por el espacio de treinta y tres años; que se declare que es beneficiaria de los derechos pensionales de su fallecido compañero en calidad de compañero permanente, que se ordene a Colpensiones a liquidar y pagar pensión de sobrevivientes con ocasión a su compañero permanente, con fecha de causación 10 de septiembre de 2010; como consecuencia de lo anterior solicito que, condenara a Colpensiones al pago por concepto de mora, en el pago de la sustitución pensional las mesadas atrasadas desde el momento de que se hizo exigible la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de mayo de 2020 resolvió declarar probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, propuestas por la demandada Colpensiones; absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas por las señoras FLOR MARINA ROJAS MEDINA, MERCEDES BOCANEGRA LEAL Y BLANCA INES PARRA y condenando en costas a las demandante e intervinientes excluyentes en la suma de $250.000 M/CTE, a cargo de cada una. Argumento básicamente que, FLOR MARINA ROJAS MEDINA, MERCEDES BOCANEGRA LEAL y BLANCA INES PARRA, no lograron demostrar la convivencia por mas de 5 años de forma ininterrumpida con el cujus, conforme lo ordena el articulo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y articulo 13 de la Ley 797 de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte actora señora, FLOR MARINA ROJAS MEDINA interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada en su integridad y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda; ello porque se encuentra demostrada la convivencia durante 8 años 5 meses y 10 días, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, por lo tanto la compañera parmente hizo vida en común con el causante; que la señora Rojas Medina, dependía económicamente del GILDARDO CÓRDOBA DELGADO, situación que con el transcurrir de los días ha venido

agravando, dada las circunstancias por no tener otra fuente de ingresos que le permitiera sostenerse, lo cual ha puesto en riesgo su salud, mínimo vital, estabilidad física y mental y la vida.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora señora, MERCEDES BOCANEGRA LEAL interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada en su integridad y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda; ello porque quedo demostrada la convivencia con el señor GILDARDO CÓRDOBA DELGADO, a través de una declaración, la cual afirmo que, convivieron desde el 31 de diciembre 1975, época en que contrajo nupcias hasta el 31 de octubre de 1992, es decir, un periodo de 17 años, teniendo en cuenta la doctrina la cual afirma que en cualquier tiempo, más que hubo un hijo de esa relación.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora señora, BLANCA INES PARRA interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada en su integridad y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda; ello porque su representada tuvo una vida con el señor GILDARDO, desde el año 1977, hasta el día de su fallecimiento que hubo interrupciones, pero estas fueron derivadas de necesidades económicas, hubo tres hijos, sin embargo, nunca huno un descuido por partes de los compañeros permanentes, hasta el día del fallecimiento el cotizaba al sistema de seguridad social y mantenía a su compañera como beneficiaria, así mismo, la tenia en un plan exequial. Explico que fueron 32 años de convivencia, que si bien cambiaron de domicilio siempre regresan, siempre estuvo la ayuda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido la parte actora peticiona que se declare probados los hechos y estime favorablemente las pretensiones ya que si existe una unión marital con más de ocho años cinco meses y diez días, la cual permite dar aplicación a la misma Ley 797 de 2003, encontrándose que el factor determinante es el tiempo de convivencia con el causante, lo que a todas luces se concluye que es imperativa la proporcionalidad para no desconocer derechos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del señor GILDARDO CORDOBA DELGADO ventilada en este proceso. Es importante reconocer que le señor GILDARDO CORDOBA DELGADO, en sus últimos años compartió cama, lecho y mesa con la actora quien además dependía económicamente del causante, quedando luego de su fallecimiento desprotegida, sola y desamparada. Cabe anotar que al existir los presupuestos previstos en la Ley y en la Jurisprudencia si le asiste el beneficio de la pensión de sobrevivientes.

Por su parte la demandada, Blanca Inés Parra, solicita revocar la sentencia, para que en su lugar se reconozca la pensión de sobrevivientes solicitada, con ocasión al fallecimiento del compañero sentimental por 32 años Sr. GILDARDO CÓRDOBA DELGADO porque a pesar de que se evidencia una interrupción por justa causa en la convivencia como en el

presente caso se da por desplazamiento por motivos económicos, entiende esta memorialista que los hechos alegados en el escrito de la demanda fueron probados, que si existió algún tipo de suspensión en la convivencia bajo el mismo techo la misma se da por cuenta de la nueva actividad laboral del causante en la ciudad de Bogotá, y si el señor tuvo una relación sentimental pasajera con alguna o algunas personas, la misma se probó que se dio sin vocación de permanencia, de hogar y la ausencia de hijos.

Por último, COLPENSIONES, requiere confirmar la providencia afirmando que en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o 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.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en determinar si a la demandante, FLOR MARINA ROJAS MEDINA y a las intervinientes ad excludendum MERCEDES BOCANEGRA LEAL y BLANCA INES PARRA, son beneficiarias de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor GILDARDO CÓRDOBA DELGADO. Así mismo se determinará si hubo convivencia simultánea. por último, en el evento que prospere lo anterior, se analizará si ¿hay lugar condenar a COLPENSIONES a reconocerles el pago de retroactivo pensional e intereses moratorios? Lo anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones por la demandante FLOR MARINA ROJAS MEDINA y a las intervinientes ad excludendum MERCEDES BOCANEGRA LEAL y BLANCA INES PARRA, en las siguientes fechas:

FLOR MARINA ROJAS MEDINA: 18 de octubre de 2011.

MERCEDES BOCANEGRA LEAL: el 12 de diciembre de 2011.
BLANCA INES PARRA: el 7 de diciembre de 2011.

Lo anterior esta visible en la resolución 13281 de 17 de abril de 2012. (Folios 22-25 o en el expediente administrativo visible a folio 224)

En cuanto al primer problema jurídico, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 10146 de 2017) tiene definido que, por regla general, la norma que gobierna la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, con las excepciones que procedan, esto es, por aplicación de la condición más beneficiosa, con las reglas y subreglas establecidas también jurisprudencialmente

En esa indagación, encuentra el Despacho que el causante GILDARDO CORDOBA DELGADO falleció el día 10 de septiembre de 2011 en la ciudad de Bogotá, Cundinamarca, Colombia, de conformidad al registro civil de defunción que milita en el folio 15 que contiene los anexos de la demanda, en consecuencia, la norma aplicable al caso en concreto es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que reza:

"ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal INEXEQUIBLE>
b) <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que, a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez."

Bajo ese entendido, hay lugar a la pensión de sobrevivientes con el fallecimiento del pensionado que estuviere disfrutando de pensión por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca o cuando el afiliado al

sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Precisado lo anterior, advierte el Despacho que, dentro de las pruebas documentales aportadas por COLPENSIONES no se encuentra el reconocimiento de pensión de vejez a favor del señor GILDARDO CÓRDOBA DELGADO, sin embargo, conforme a la historia laboral de la causante se extrae que logró cotizar en toda su vida laboral 1,009,86 semanas en COLPENSIONES, siendo el periodo inicial noviembre de 1974 y la última cotización en septiembre de 2011 (fls. 150 - 154).

Además, dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es del 10 de septiembre de 2008 al 10 de septiembre de 2011 cotizó un total de 154,44 semanas a pensión, según la historia laboral aportada por Colpensiones, la cual se encuentra del expediente administrativo. (fl. 224).

SOBRE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, por encontrarse vigente al momento del deceso del afiliado, misma que en sus literales a) y b) regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente.

El cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente, separado de hecho, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite convivencia con el causante por un lapso no inferior a cinco años en cualquier tiempo, sin que sea necesario probar que durante ese lapso se conservó entre estos un vínculo afectivo.

En este punto, vale la pena advertir, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había entendido que serían beneficiarias de la prestación en comento la cónyuge o compañera del causante siempre y cuando acredite haber convivido no menos de 5 años con anterioridad al deceso. No obstante, en reciente Jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la CSJ morigeró su postura en relación con el tiempo de convivencia exigido, precisando que los 5 años de convivencia señalados en la normativa en comento, solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamantes de la pensión, en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado. Luego, los beneficiarios de quien fuese afiliado deberán acreditar, como mínimo, *"(…) la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (…)*". Así lo determinó el Alto Tribunal en sentencia SL1730-2020, rememorada en las SL489 y SL2222 ambas de 2021, a las que se remite el Despacho en aras de la brevedad. Con la advertencia de que el criterio se mantiene imperante en las sentencias SL5270 y SL4318-2021.

Cuando se trata de la convivencia no simultánea o sucesiva con el cónyuge separado de hecho y la compañera permanente, la norma prevé: i) La posibilidad de que éstos compartan la pensión; ii) La exigencia de un término de cohabitación superior a los cinco años anteriores al deceso del causante para la unión natural y iii) Debe entenderse que dicho lapso también le es exigible a la esposa del fallecido con sociedad conyugal vigente, sin embargo, ésta puede darse en cualquier tiempo.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *"la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)"*.

Además, dicha Corporación precisó, que mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, la convivencia mínima por un lapso de cinco años pueda ser en cualquier tiempo, en el entendido de que, mientras el vínculo matrimonial no se disuelva, los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399-2018 y SL1880-2018), con la precisión indicada anteriormente por la suscrita, en relación con el nuevo criterio jurisprudencial de nuestro Órgano Vértice, establecido desde la SL1730-2020 y reiterado en las sentencias indicadas con anterioridad.

CONVIVENCIA SIMULTÁNEA CON DOS O MÁS COMPAÑERAS PERMANENTES:

Al respecto, la Sala advierte que si bien es cierto el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no regula la situación relativa a la convivencia simultánea con dos o más compañeras permanentes, también lo es que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada, ha adoptado la tesis de dividir la pensión de sobrevivientes entre las compañeras permanentes, en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, así:

"(…) la Sala, soportada en un juicio analógico, ha defendido la tesis de que también en esta hipótesis se genera el derecho a la pensión, dividida

proporcionalmente entre los (as) compañeros (as). Así, en la sentencia CSJ SL402-2013, reiterada en SL18102-2016, se adoctrinó: […] si bien es cierto que la concurrencia de dos o más compañeras permanentes es un punto no regulado expresamente en nuestra legislación, lo cierto es que, conforme a los criterios jurisprudenciales que se han trazado sobre el punto, es dable que una persona haya mantenido por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas, de manera que frente a ese vacío normativo la solución lógica no es la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables. En este sentido se dijo en sentencia de 17 de agosto de 2006, radicada con el número 27405, lo siguiente: 'Si bien es cierto que la existencia simultánea de dos o más compañeras permanentes es un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante, no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia, de cara al surgimiento del derecho a una sustitución pensional, es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas. Pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica Radicación n.° 45779 32 fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplían con los requisitos exigidos en las normas aplicables."

Más adelante concluyó *"(…) para resolver a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 una controversia en la cual dos o más compañeros (as) permanentes hayan demostrado convivencia con el causante dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, habida cuenta que si el legislador admite la posibilidad de convivencia simultánea entre cónyuge y compañero (a), no hay razón lógica para negarla frente a compañeros (as) permanentes."*

Ahora bien, el requisito común e inexcusable para la declaración del derecho a la pensión de sobrevivientes para el caso de las compañeras permanentes, es la convivencia durante mínimo cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante pensionado.

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, entra la sala a resolver el recurso interpuesto por la señora MERCEDES BOCANEGRA LEAL. En el subjudice, está demostrado que la señora BOCANEGRA LEAL, contrajo matrimonio con el señor GILDARDO CORDOBA DELGADO por el rito católico el día 31 de

diciembre de 1975, así mismo, se observa que dicha sociedad conyugal se encontraba vigente al momento del fallecimiento del señor Córdoba Delgado, no obstante, no hay prueba dentro del paginario que dé cuenta que la convivencia haya durado por el lapso de 5 años, tal y como se señalo en la norma y jurisprudencia anteriormente transcrita, ahora en lo que respecta la declaración extrajuicio de fecha 30 de noviembre de 2011, realizada ante la notaria segunda del circuito de Girardot, donde la señora en mención afirmo que convivio bajo el mismo techo casada con sociedad conyugal vigente con el señor GILDARDO CORDOBA DELGADO, desde el 31 de Diciembre de 1975, hasta el 31 de octubre de 1992, no es prueba suficiente y razonable, para acreditar la convivencia mínima por un lapso de 5 años en cualquier tiempo.

Sigue la sala, con los recursos interpuestos por los apoderados de las señoras FLOR MARINA ROJAS MEDINA y BLANCA INES PARRA**,** quien a criterio de la sala tampoco demostraron la convivencia mínima por un lapso de 5 años, continuos con anterioridad a la muerte, en este punto se traen a colación las siguientes declaraciones:

La señora **BLANCA INES PARRA**, manifestó que, conoció al señor Gildardo, cuando tenía 14 años y empezó a convivir con él desde el año 1978, cuando ella tenía 18 años, en el municipio de Tres Esquinas-Tolima, indicó que, en el año 2006, se fueron para Chicoral-Tolima y es para ese entonces que el señor Gildardo, se va para Bogotá a trabajar y a vivir con su hijo mayor de nombre Gildardo Córdoba Parra. Manifestó que, para el 10 de septiembre de 2011, fecha en que falleció el señor Gildardo, él vivía en Bosa, en un cuarto solo, hacia 4 meses**;** que para el año 2010 y 2011, ella se vino de Chicoral a vivir en Bosa, Bogotá, con sus hijos de nombres Maritza y Juan Camilo, su yerno de nombre Martin y la suegra, explicó que ella iba a visitar al señor Gildardo, al cuarto donde vivía solo; añadió que no contrajo matrimonio en él. Por otra parte, manifestó que conoce a la señora MERCEDES BOCANEGRA, porque fue la esposa del señor causante, quienes se casaron, que le consta que ellos no liquidaron la sociedad, sin embargo, afirma que ellos se separaron, que solo vivieron año y medio, pues el señor Gildardo era su esposo antes de casarse con la señora Mercedes. Que conoce a la señora FLOR, porque es la "querida" que tuvo el señor Gildardo.

TESTIMONIO DE MARTZA VIVIANA CORDOBA PARRA

Manifestó, que es hija de la señora Blanca Inés Parra, que conoce a la señora Flor Marina, aproximadamente desde el año 2005, la conoció porque su papá se la presento. Que a la señora Mercedes Bocanegra Leal, no la conoce personalmente, sin embargo, toda la vida ha escuchado hablar de ella, porque contrajo matrimonio con su papá antes que este estuviera con su mamá. Indicó que su padre falleció el 10 de septiembre de 2011, que aproximadamente 2 meses y medio o 3 meses antes, se había

ido de la casa donde estaba viviendo con ella, su mamá y su hijo, que se fue a vivir a Bosa en una habitación solo. Expresó que sus padres tuvieron una relación desde antes que naciera su hermano mayor de nombre Gildardo Córdoba, aproximadamente desde el año 1978, que cuando ella nació en el año 1983, sus padres convivían juntos en Bogotá. Que sabe que sus padres convivieron en varios municipios del Tolima. Que para el año 2001, su padre se fue a trabajar a Bogotá y a vivir con su hermano mayor y la familia de este último, donde convivieron por un año aproximadamente, ya que, después se fue al norte de la ciudad a vivir solo en una habitación, donde lo visitaba, que eso fue para el año 2002. Que sabe que posteriormente, su padre estuvo conviviendo con la señora Flor Marina, que se enteró porque su padre se la presentó en el año 2005. Que para esa época sus padres estaban distanciados, ya que, él tomaba mucho. Además, declaró que después de que su padre se separó de la señora Flor Marina, en enero de 2010, su padre se fue a vivir con ella y su familia, dice que noviembre del mismo año, su señora madre llego a vivir también junto a ellos, es decir, que entre enero y noviembre del año 2010, su padre no convivió con ninguna mujer, pues el solo trabajaba, que le consta porque vivía con ellos, tanto así, que a su esposo Martin Pérez, le tocó acompañar a su padre para sacar las cosas de donde la señora Flor Marina, en enero de 2010, que después de esta fecha su padre no volvió a convivir con la señora Flor Marina y tampoco le consta que se visitaran.

TESTIMONIO DE GILDARDO CORDOBA PARRA

Declaró, que es hijo de la señora Blanca Inés Parra y el señor Gildardo Córdoba, que conoce a la señora Flor Marina, aproximadamente desde el año 2003 o 2004 y a la señora Mercedes Bocanegra Leal, no la conoce personalmente. Adujo que le consta que sus padres convivieron juntos por 32 años, desde el año 1977 hasta el año 2010, pero que hubo unos intervalos, uno de esos fue en el año 2001, cuando su padre se fue a trabajar a Bogotá, que llegó a vivir con él en el barrio Laurales, en Bosa, donde lo estuvo acompañando aproximadamente por 1 año, donde posteriormente, se fue a vivir al norte de Bogotá, donde arrendó una habitación y él lo visitaba. Que conoció a la señora Flor Marina, cuando su padre cumplió los 50 años, en el año 2004, que su padre se la presento como la novia, que le consta que estos convivieron juntos por temporadas, aproximadamente 4 años, que sabe que esta relación se mantuvo hasta el año 2010, cuando le comentaron que su padre fue en compañía de su cuñado Martin a retirar todas las cosas que tenía en la casa donde convivía con la señora Flor y nunca volvió a vivir con ella y, posteriormente, su padre se fue a vivir con su hermana, su cuñado Martin y la suegra de su hermana en Bosa, Naranjos. Por otra parte, manifiesta que durante la época que su padre estuvo con la señora Flor Marina, su señora madre Blanca Inés, vivía en el Tolima, sin embargo, afirma que su padre siempre estuvo pendiente de su señora madre, es decir, que iba y la visitaba cada mes o 2 meses y se quedaba allá con ella, la tenía afiliada a

seguridad social y nunca la desafilió. Que, en octubre de 2010, su madre se fue a vivir a Bogotá con su hermana y su padre en el mismo techo, pero que no le consta que sus padres compartieran la misma habitación. Que, para mayo de 2011, su padre decidió irse a vivir solo en una habitación, hasta que falleció el 10 de septiembre de 2011, que no lo visitó en dicha habitación, ya que, para marzo o abril del mismo año, había tenido un percance con su padre, por lo tanto, no se hablaba con él, que sabía de él por lo que le comentaba su señora madre. Manifestó, que la relación entre sus padres durante el tiempo que su padre decidió irse a vivir solo, era normal, que su madre lo visitaba y compartían en familia. Finalmente, indicó que él fue el encargado de los tramites del funeral, el cual fue a través del seguro que el causante adquirió con Mafre y le consta que estaban como beneficiarios de este seguro, su señora madre, en calidad de esposa y su hermano menor, Juan Camilo Córdoba Parra.

TESTIMONIO DE MARIA YENNY MANCIPE

Indico, que es amiga de la señora Flor, a quien conoció en el año 2003, porque Vivian en la misma casa en la localidad de Usaquén, donde alquilaban habitaciones, que la señora Flor vivía con sus 2 hijos; que el mismo año, el señor Gildardo, arrendo una habitación en la misma vivienda donde vivían ellas y ahí fue donde la señora Flor y el señor Gildardo, se conocieron, posteriormente después de relacionarse como inquilinos, fue que iniciaron una relación como pareja y después de un año, la pareja se fue a vivir a otro sector, en la cual, los visitaba más o menos cada 8 días y los veía juntos, que en esa vivienda duraron aproximadamente 2 años y medio viviendo, ya que, después se mudaron a un barrio al sur de la ciudad, por lo que ya no los volvió a visitar, indicó que se encontraron como 2 veces, en el transcurso de 3 años. Expresó que se enteró que el señor Gildardo falleció en septiembre del 2011, 2 años después, cuando su amiga Flor, se lo comentó, ya que, habían perdido comunicación y la volvió a ver, cuando ella regreso a vivir al barrio, indicó que no recuerda la fecha en que vio la pareja junta antes del fallecimiento del señor Gildardo, que tampoco le consta que en algún momento se hayan separado. Expreso que no le consta nada de la anterior vida del señor Gildardo, que no conoce a las señoras MERCEDES BOCANEGRA Y BLANCA PARRA. Además, afirma que la señora Flor, dependía económicamente del señor Gildardo, que antes de conocerse, era el papá de los hijos de la señora Flor, quien le ayuda económicamente. Por otra parte, manifestó que le consta de la convivencia de la pareja desde el año 2003 al 2006, después esporádicamente, cuando iban a visitarla, posteriormente, perdieron comunicación y la volvió a ver cuándo la señora Flor, regreso al barrio.

TESTIMONIO DE ELCILIA MARTINEZ CASTAÑEDA

Declaró, que conoció a la señora Flor, el 10 de junio de 2006, como inquilina, que en esa fecha firmó un contrato de arrendamiento con el señor Gildardo Córdoba y la señora Flor Marina Rojas, ella como arrendadora y ellos como arrendatarios, de un apartamento ubicado en la Urbanización Las Huertas de Ciudad Bolívar, que le consta que ellos eran pareja y estuvieron viviendo allí hasta el 05 de septiembre de 2011, fecha en que el señor Gildardo falleció, indicó que la señora Flor, continuo viviendo en el mismo apartamento por 2 años más, expresa que durante todo el tiempo en que vivieron juntos, no hubo separación, que le consta esto, ya que, su esposo era compañero de trabajo del señor Gildardo, por lo tanto, tenían una relación de amistad, que compartían cumpleaños y almuerzos. Manifiesta, que el señor Gildardo era vigilante y la señora Flor, se dedicaba al hogar, hogar que estaba conformado por 2 hijos de la señora Flor y la pareja. Que el 10 de septiembre de 2011, fecha en que falleció el señor Gildardo, la señora Flor Marina, estuvo con él en el hospital, que le consta que el señor Gildardo, pagaba un seguro exequial en CODENSA, pues en la factura del servicio de la luz llegaba el cobro, que en dicho seguro figuraba como titular el causante y beneficiarios la señora Flor Marina y sus hijos. Manifestó que ella estuvo en el funeral del señor Gildardo, en el cual estuvo también presente la señora Flor Marina y que no le consta que en dicho funeral hubiera otra mujer cercana al causante. Afirmó, que no conoce a las señoras MERCEDES BOCANEGRA Y BLANCA PARRA.

TESTIMONIO DE JUDTH CONSUELO HERRERA VELASQUEZ

Testificó, que es amiga de la señora Flor, desde el año 2006, que la conoció junto con el esposo, el señor Gildardo, en una novena en el mes de diciembre, en la casa de la señora Ercilia Martínez, quien es la dueña de la casa donde vivía la pareja, que fue amiga de la pareja hasta septiembre de 2011, fecha en que falleció el señor Gildardo. Indica que ella trabajaba en una panadería, la cual, el señor Gildardo frecuentaba para comprar pan, que este era celador, el mismo se lo comentó, que la señora Flor, se dedicaba a cuidar su nieta y esporádicamente trabajaba en oficios varios. Que le consta que el señor Gildardo fue hospitalizado días antes del fallecimiento, que asistió al funeral, donde también se encontraba la señora Flor Marina y conoció que uno de los hijos del señor Gildardo, también se encontraba presente. Por otra parte, afirma que la señora Flor, estaba afiliada al Sisbén y era el señor Gildardo, quien mantenía económicamente el hogar, que le consta que la pareja compartía techo, lecho y mesa. Afirmó, que no conoce a las señoras MERCEDES BOCANEGRA Y BLANCA PARRA.

Testimonios todos ellos que analizados en su conjunto permiten concluir que por lo menos desde el año 2010 – 2011, no hay prueba de que las señoras FLOR MARINA ROJAS MEDINA y BLANCA INES PARRA**,** hayan convivido con el señor Gildardo, no brindando por tanto certeza y

credibilidad sobre su dicho en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se dio la convivencia entre esa pareja durante, por lo menos, los cinco años inmediatamente anteriores al deceso de éste, tratándose más bien de testigos de oídas.

En consecuencia, con el propósito de resolver la apelación, debe referirse en primer lugar este Colegiado a que al no haberse acreditado en legal forma la convivencia de las señoras FLOR MARINA ROJAS MEDINA y BLANCA INES PARRA con el causante por el término exigido en la norma y mucho menos una convivencia simultanea no les asiste derecho a la pensión de sobrevivientes; muy a pesar de los años de convivencia anteriores al momento en que aquél inicio su relación.

En este punto se reitera que si bien es cierto la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que el requisito de la convivencia de cinco (5) años puede darse en cualquier tiempo, ello solo es permitido en tratándose de controversias en las que quien reclama la pensión ostenta la condición de cónyuge, lo cual no se extiende a las relaciones de compañeros permanentes como acontece en este caso.

Así las cosas, el precedente normativo, factico y jurisprudencial hasta aquí expuesto comporta para la Sala la confirmación de la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra ante la ausencia de derecho a la pensión de sobrevivientes de las promotoras de esta acción.

Costas a cargo de la parte demandante atendiendo el resultado desfavorable del recurso. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de mayo de 2020 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR MARINA ROJAS MEDINA e intervinientes excluyentes MERCEDES BOCANEGRA LEAL y BLANCA INES PARRA contra el ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la señora ANA ISABEL SILVA PEREZ, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante e intervinientes excluyentes. Inclúyase como agencias en derecho la suma de

$300.000 para cada una de las demandadas. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y Cúmplase.
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501820110076 9 02

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES – CONVIVENCIA SIMULTÁNEA.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes demandas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES e INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NATIVIDAD SAENZ NEIRA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES e INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ**;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO como representante de la firma legal MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. y como apoderado sustituto a al Dr. MAURICIO ALEJANDRO CAPERA BERMUDEZ en los términos y para los efectos de los poderes a ellas conferidos.

ANTECEDENTES

ACTUACIÓN PREVIA

En precedencia la actuación fue conocida por este Tribunal con el radicado No 11001310501820117690 1, quien con sentencia del 11 de julio de 2013, revocó parcialmente la sentencia de proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá; no obstante, en estricto acatamiento de lo decidido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela del 6 de septiembre de 2017, en la que tuteló el derecho de la señora INÉS ARTEAGA GONZALEZ, la primera instancia rehízo el trámite, atendiendo que debió notificarse en debida forma dada su calidad de compañera permanente con el

causante.

Admitida la demanda Ordinaria nuevamente como lo ordenó la Corte Suprema de Justicia (folio 257), se adelantó la actuación hasta emitir nuevamente la sentencia objeto de esta apelación.

DEMANDA

NATIVIDAD SÁENZ NEIRA promueve demanda Ordinaria Laboral en contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES con la vinculación de INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, para que previa declaratoria de que convivió de forma ininterrumpida y permanente bajo el mismo techo, lecho y mesa, con su cónyuge, el señor TITO CORTESA REYES (Q.E.P.D.), desde el 21 de junio de 1969 hasta el 25 de junio de 2006, fecha del deceso de éste, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho por ser su cónyuge por más de 37 años; y en consecuencia, se disponga la revocatoria de la resolución No 01336 del 13 de abril de 2010, para que en su lugar se le atribuyan las mesadas pensionales debidamente indexadas, condenando en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.), con quien contrajo matrimonio por el rito católico celebrado el 21 de junio de 1969, el cual nunca se disolvió, ni existió separación de hecho o divorcio, fue pensionado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, falleciendo el 25 de junio de 2006, y a reclamar la pensión de sobreviviente se presentó la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, siéndole reconocida mediante resolución No 0026062 del 19 de julio de 2007; de ahí que cuando ella reclamó por ser la cónyuge del causante, le fue negada mediante resolución No 041524 del 10 de septiembre de 2008, acto frente al que interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación resueltos desfavorablemente con las resoluciones No 53179 del 10 de noviembre del 2009 y No 01336 del 13 de abril de 2010.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demanda, INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, con escrito de folios 270 a 277, se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandada, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría salvo los relacionados con la escasez de recursos económicos para sostenimiento de la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, la convivencia entre el causante y la demandante y la solicitud elevada por la demandante de la condena en costas. Propuso las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.

Frente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con auto de fecha 02 de agosto 2017, se tuvo por no contestada la demanda (fls. 263)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, resolvió:

*"**PRIMERO: CONDENAR** a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 27 de mayo de 2020, o a partir de la ejecutoria de la presenten decisión, a favor de la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, en un porcentaje igual al 72,86% y a la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, en un porcentaje igual al 27,14% de la mesada pensional del señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.), sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, de conformidad a las precisiones precedentemente expuestas.*

***SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandada COLPENSIONES, señálese como agencias en derecho la suma de $1.000.000, oo a favor de la Demandante NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, y la suma de $1.000.000, oo a favor de la Litis y Consorte Necesaria INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ.*

***TERCERO:** Dado el resultado de la litis, el Despacho se releva del estudio de las excepciones presentadas por la llamada como Litis Consorte Necesaria, INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ.*

***CUARTO**: Contra la presenta providencia solo procede el recurso de apelación, en caso de no ser apelada la presente providencia, remítase al superior para que surta el grado jurisdiccional de consulta."*

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión todas las partes interpusieron recurso de apelación así:

La parte demandante, con el fin de que sea revocada parcialmente a fin de que se realice una adecuada valoración de las pruebas en cuanto no se acreditó en debida forma la separación y abandono del hogar conformado por ella y el causante por más de 37 años, quienes nunca interrumpieron su convivencia ni existió divorcio, no encontrándose comprobada la convivencia y vida marital del señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.) con la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ.

La señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, para que se revoque parcialmente y en su lugar se le concedan los derechos adquiridos en proporción al tiempo convivido con el causante, puesto que, la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, contrajo matrimonio con el señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.) el 21 de junio de 1969 y su convivencia culminó el 2 de junio de 1979, siendo que a partir de esa fecha probó que convivió con el fallecido fue ella y hasta el día del deceso de éste, el 25 de junio de 2006, lo cual la hace acreedora de por lo menos, un 70% de la mesada pensional por la convivencia como compañera permanente durante más de 27 años.

Por su parte, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia y las costas procesales, en las que se incluyó como agencias en derecho un valor de $1.000.000 a cada una de las partes, debiendo en caso de que se confirme el reconocimiento de la pensión a la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, concederlo a partir de la ejecutoria de la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, la apoderada de COLPENSIONES Solicitó con todo respeto a la Sala REVOCAR el Fallo emitido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de mayo de 2020, toda vez que, indicando que el fallo no se encuentra ajustado a derecho, conforme a la realidad jurídica de la actora y de acuerdo a los actos administrativos emitidos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. La apoderada de la parte demandante manifiesto que discrepa con la providencia del señor Juez de primera instancia, al a ver fijado porcentaje de la mesada pensional de la señora INÉS ARTEAGA GONZALEZ pues ella se preocupa es de aportar una cantidad de documentos con fotos donde muestra el acompañamiento en actividades y celebraciones de las hijas de Tito Cortez, sin mostrar convivencia, solicita que se cambie parcialmente la decisión de primera instancia y en su lugar se conceda pensión vitalicia de sobreviviente del 100% a la señora NATIVIDAD SAENZ NEIRA y se ordene a Colpensiones, liquidar y pagar la pensión de sobreviviente desde el momento que falleció el causante TITO CORTES REYES.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se ajusta a determinar si a la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, de manera simultánea con la Litis Consorte necesaria señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ a partir de la ejecutoria de la decisión de primera instancia, a favor de la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, en un porcentaje igual al 72,86%; y a la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ en un porcentaje igual al 27,14% de la mesada pensional del señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.), con especial énfasis en la valoración probatoria de la duración y efectiva convivencia de la esposa y la compañera permanente para con el causante, debiéndose establecer finalmente si hay lugar al pago de las costas impuestas a COLPENSIONES.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que, le fue concedida al señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.), pensión de jubilación por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 25 de junio de 2006, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *(…)"Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*
>
> *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.*[1] *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 correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido*

[1] El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido

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."(…)

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"*[2]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, toda vez que ninguna de las señoras NATIVIDAD SÁENZ NEIRA e INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, refutan la convivencia de la otra con el causante, sino la duración de tal circunstancia, corresponde a la Sala, establecer si hubo convivencia de cada una de ellas por tiempo superior a los cinco años anteriores al deceso de dicho pensionado, si fue simultanea y, el porcentaje que eventualmente le correspondería a cada una de ellas.

Así, dado que la actora aseguró que nunca hubo abandono por parte del causante, mientras que la vinculada afirmó que el señor Cortes inició convivencia con ella desde el año 1979, fecha en la cual culminó de hecho su convivencia con la señora Natividad, forzoso se muestra evaluar las pruebas arrimadas al expediente con el fin de determinar si se presenta en este caso una convivencia simultánea.

Pues bien, de folios 20 a 25 obran declaraciones juramentadas ante el Notario 59 encargado del Círculo de Bogotá, de los señores Alcides de Jesús Monroy y Aura Rosa Junco, esposos, que comparecieron para declarar que conocieron a los señores Tito y Natividad, desde hace 16 años y hasta el día de fallecimiento del causante; comparecieron también Jorge Pinzón Beltrán y Adelio Pinzón Rico, quienes dieron fe de conocer hace 25 años de vista a los señores Tito y Natividad; los señores Pablo Emilio Cortes Tingo y Leonilde Reyes de Cortes, declararon conocer a la pareja hace 55 años. Solón de Jesús Cortes Reyes y Julia Herrmionda Cortes Reyes, indicaron conocerlos hace 55 años también y José Cristóbal Pérez Moreno con Ana Edilsa Pérez Chacón, declararon conocer el matrimonio de Tito y Natividad hace 55

[2] CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

y 25 años, respectivamente. Finalmente, Sonia Cortes Sáenz, Kelly Cortes Sáenz y Clemencia Cortes Sáenz, manifestaron conocer desde que tienen uso de razón a los señores Tito y Natividad.

Así mismo, todas las declaraciones antes relacionadas manifiestan que, los señores NATIVIDAD SÁENZ NEIRA y TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.) vivieron casados desde el año 1969, es decir, 39 años hasta el fallecimiento del señor TITO CORTES, el 25 de junio de 2006, afirman que tuvieron 5 hijos y que actualmente, 4 viven con su esposa Natividad.

Por otra parte, a folio 9 milita el acta de matrimonio celebrado el 21 de junio de 1969, entre NATIVIDAD SÁENZ NEIRA y TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.), donde no se advierte nota al margen de alguna disolución o separación de los cónyuges. Así las cosas, se encuentra acreditado el vínculo de la demandante con el causante, desde el 21 de junio de 1969, hasta el día de su fallecimiento, sin que se perdieran lo efectos civiles del mismo.

En consecuencia, la demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que desde el día que contrajo nupcias con el señor Tito, hasta la fecha de su deceso, vivieron sin que se presentara separación alguna, con domicilio en el barrio Suba Rincón, que él siempre llegaba a su casa en diversas horas del día, pero que por su trabajo se ausentaba uno o dos días a la semana, aceptó haber escuchado rumores de que su esposo sostenía otra relación, pero ella nunca reclamó y tampoco le costa quiénes eran los beneficiarios en seguridad social y salud, respecto de su esposo, ya que, ella también trabajaba y tenia afiliados a los hijos de esa unión; además no tramitó inmediatamente la sustitución pensional, porque los documentos fueron retirados de las entidades por los hijos de la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, retrasando así su solicitud; personas que conoció de vista, mas no de trato, el día del funeral del causante.

Por otra parte, pese a que la accionada no se presentó a rendir la declaración de parte que oficiosamente decretó el juzgador de primera instancia, se tiene plenamente acreditado con la escritura pública a folios 393 al 403, el adelantamiento del trámite notarial de sucesión del derecho cuota parte 50% sobre un lote adquirido por el causante en común con la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, el 27 de mayo de 1982, ubicado en la Calle 134 No 98-26, que resulta ser el lugar de residencia de INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, y además de ello, dicha dirección corresponde a la misma que el señor TITO CORTES, en vida reportó como dirección de residencia. Y tratándose de las documentales que reposan a folios 295,301,342,343,353 y 354, que contienen afiliaciones al sistema de Seguridad Social y Salud - afiliación a CAPRECOM, afiliaciones a CAFESALUD, donde el señor Tito Cortes, refleja como cotizante y la señora Arteaga, como compañera, formularios de vinculación y actualización al Sistema

General de Pensiones en calidad de beneficiaria del señor Cortes, entre otros, las mismas reflejan la relación que el fallecido sostuvo con la demandada, además de la procreación de sus hijos Ronald y Gerson Cortes Arteaga, entre el 9 de abril de 1980 y el 20 de enero de 1986.

Pruebas todas ellas que, valoradas en su conjunto permiten concluir que en los últimos años de vida el causante sostuvo una convivencia simultanea con las aquí mencionadas, de acuerdo a lo establecido en las reglas del derecho a la sustitución pensional, para reconocimiento entre el cónyuge y compañera(o) permanente del causante.

> *(…) Se pueden identificar dos reglas generales aplicables a todos los casos de simultaneidad de reclamaciones en materia de pensiones de sobrevivientes, y unas reglas particulares dependiendo de cada situación. Las reglas generales son: (1) la aplicación del criterio material para establecer al beneficiario, que será quien haya convivido efectivamente con el causante hasta su muerte; (2) la obligación de suspender el pago de la pensión cuando exista controversia en la reclamación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el asunto. De otro lado, las situaciones que se pueden presentar son: (1) Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una –o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; (2) Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante; (3) Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo (…)”.*

Como resultado del caudal probatorio, se encuentra que NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, convivió de forma ininterrumpida y permanente bajo el mismo techo, lecho y mesa, con su cónyuge, el señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.), desde el 21 de junio de 1969 hasta el 25 de junio del 2006, es decir, 37 años; y que, la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, convivió como compañera permanente del señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.) desde el 2 de junio de 1979, hasta el día de su deceso, es decir, 27 años; encontrándose acreditada la convivencia simultánea, toda vez que, se logró demostrar con pruebas documentales y testimoniales que reposan en el expediente y que dan cuenta de la misma, por tanto, las dos son beneficiarias de la sustitución pensional, con ocasión de la muerte de su esposo y compañero permanente, TITO CORTES.

Sobre el particular, interesa recordar que el juzgador de primera instancia, consideró que, a NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, de manera simultánea con la Litis Consorte Necesaria señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, en un porcentaje igual al 72,86%; y al 27,14% respectivamente, de la mesada pensional del señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.).

Por lo anterior y en concordancia con la sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, la cual indica que, en caso de comprobarse la convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y la compañera permanente, podrá dividirse proporcionalmente la pensión de sobreviviente al tiempo convivido. De manera que, en este caso, las relaciones conformadas por el señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.) con la señora Natividad, por medio de un vínculo matrimonial; así como con la señora Inés, que se formó con base en un vínculo natural, no se excluyen una de la otra, pues la misma Constitución Política, las ha considerado en el ámbito de protección asistencial.

De manera que, el A Quo de primera instancia, acertó frente a la división de la prestación en forma proporcional al tiempo de convivencia. Esto ha sido explicado, entre otras, en la sentencia CSJ SL486-2021, en la cual se resolvió un caso parecido al presente, así:

> *(…) "No obstante lo anterior, frente al tema de la cuantía de la pensión de sobrevivientes, vale la pena recordar que esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de precisar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 permite advertir que la pensión de sobrevivientes, cuando una sola persona es la beneficiaria en el rango de cónyuge (o compañero o compañera permanente) supérstite, el derecho pensional le será reconocido en su totalidad o porcentaje sin atención al tiempo de convivencia, pero si hay una pluralidad de personas en tal condición, valga decir, cónyuge y compañero (a) permanente, esa porción, cuota o parte restante --del 100% si no hubiere hijos del causante o del 50% si los hubiere, se itera--, será dividida entre éstos y asignada en «proporción» al tiempo de convivencia que hubieren tenido con el causante, de otra forma no es posible fraccionar o distribuir la pensión (SL 1890-2020)" (…)*

De acuerdo con lo anterior, no se observa ningún error en la interpretación ni en la aplicación que se hizo de la norma que regula la pensión de sobrevivientes discutida, pues se encontró acreditada la convivencia de la cónyuge supérstite y la compañera permanente de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente y en virtud de la facultad concedida por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en relación con la libre formación del convencimiento.

Por lo expresado, no hay lugar a variar la decisión adoptada en primera instancia sobre el reconocimiento de la pensión a la promotora de esta actuación, señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, a quien le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, de manera simultánea con la Litis Consorte Necesaria, señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, a partir de la ejecutoria de la decisión de primera instancia, de acuerdo al tiempo de convivencia, esto es, a la señora NATIVIDAD SÁENZ NEIRA, en calidad de cónyuge desde el día 21 de junio de 1969 al 25 de junio de 2006 (36 años, 11 meses y 4 días) el 72,86 % y a la señora INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, en calidad de compañera permanente, desde el 06 de julio de 1979 al 25 de junio de 2006 (26 años, 11 meses y 19 días) el 27,14 % de la mesada pensional del señor TITO CORTES REYES (Q.E.P.D.)., lo anterior, de acuerdo a la sentencia CSJ SL486-2021.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

> "***CONDENA EN COSTAS.*** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
> *(…)*
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
> *3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (…)"* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

En tal orden de ideas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a revocar.

Ello es así ya que las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo

por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.[3]

Para el tema es oportuno rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación N.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga:

> *"Por último, en lo que, si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlas de dicho rubro."*

Por lo expresado, toda vez que el A quo condenó en costas a COLPENSIONES, ya que, la sentencia le fue desfavorable a sus intereses, es por lo que se confirma tal determinación.

Costas en esta instancia a cargo de las partes demandadas recurrentes y en favor de la parte demandante, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NATIVIDAD SAENZ NEIRA contra ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES - COLPENSIONES e INÉS ARTEAGA GONZÁLEZ, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a las partes recurrentes, Inclúyase como agencias en derecho la suma de $1.000.000, para la demándate. Las de primera instancia se confirman.

[3] Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

gm

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502220190062 3-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno de (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Doctores. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de Sobrevivientes - Requisito convivencia (valoración probatoria).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra sentencia del 10 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Veintidós (22) laboral del circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ARCELIA BOCANEGRA WALLES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con la vinculación de MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN como Litis Consorte Necesaria; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA Liliana Vela como representante de la firma legal CAL&NAF ABOGADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS en los términos y para los efectos de los poderes a ellas conferidos.

ANTECEDENTES

ARCELIA BOCANEGRA WALLES promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con la vinculación de MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN, para que previa declaratoria de que convivió de forma ininterrumpida y permanente bajo el mismo techo, con su cónyuge, el señor MARCELIANO BARREIRO (Q.E.P.D), desde el 2 de febrero de 1976 hasta el 7 de enero de 1982 y desde el 20 de marzo de 2010 hasta

el 16 de diciembre de 2018, fecha del deceso de éste, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente desde el fallecimiento de su cónyuge, junto con el pago de los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio Católico con el señor MARCELIANO BARREIRO (Q.E.P.D) el día 2 de febrero de 1967, de dicha unión procrearon dos hijos de nombre Beatriz y Dionel Barreiro Bocanegra mayores de edad, el primer término de convivencia se mantuvo desde el día del matrimonio hasta el 7 de enero de 1982, fecha en la cual ella abandonó el hogar por maltrato físico y psicológico de parte del causante; el 20 de marzo del 2010 se reanudó la convivencia de la pareja hasta el deceso del cónyuge, el 16 de diciembre del 2018; desde el día 20 marzo del 2010 mantuvieron una convivencia permanente e ininterrumpida en la cual compartieron techo, mesa y lecho, resultado de un amor responsable, de ayuda mutua, apoyo económico, asistencia solidaria y acompañamiento espiritual, durante esta oportunidad tuvieron una convivencia por más de 8 años; su matrimonio siempre estuvo vigente en tanto nunca se tramitó la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico ni la disolución de la sociedad conyugal; mediante resolución No. 94 del 23 de enero del 2003 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció y pagó una pensión de vejez al señor MARCELIANO BARREIRO (Q.E.P.D), quien falleció el día 16 de diciembre del 2018; acto seguido a ella le reconoció los valores correspondientes a gastos funerarios el 25 de enero de 2019; así mismo, con resolución No. SUB31366 del 1 de febrero de 2019, COLPENSIONES le negó el reconocimiento y pago de la pensión como sobreviviente y concedió el 100% de la misma a MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN, en calidad de hija menor del causante, contra dicha resolución interpuso el recurso de reposición y subsidio de apelación el 19 de febrero de 2019, mediante resoluciones SUB89790 del 15 de abril de 2019 y DPE 3181 del 17 de mayo del 2019 al resolver los recursos le negó el derecho, finalmente (Fls 1-14)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en terminó dio contestación mediante escrito de folios 84 al 89, en donde se opuso a la totalidad de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del causante y la demandante, la calidad de cónyuges de aquellos, así como que de dicha unión se procrearon hijos y las resoluciones expedidas, negando los demás o manifestando no constarle; y propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la genérica.

LITIS CONSORTE NECESARIO

Mediante auto de fecha 27 de noviembre de 2019, el Juzgado vinculó como Litis Consorte Necesario a la hija del causante, MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN (Fls 75-76), quien luego de notificada en debida forma, por medio de su representante legal con escrito de folios 77 a 82, se opuso a todas y cada una de una de las pretensiones incoadas en su contra, manifestó no ser cierto y no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con las fechas de nacimiento del causante y la demandante, el matrimonio contraído entre ellos, la procreación de los hijos, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a su padre junto con la fecha de fallecimiento de éste y el reconocimiento a ella del 100% de dicha pensión, así como las resoluciones expedidas por Colpensiones; y, propuso las excepciones de carencia de legitimidad para accionar la demandante e inexistencia de los requisitos para la exigencia del derecho que reclama.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De acuerdo al contenido del audio allegado, el cual no corresponde al acta diligenciada, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 19 de noviembre de 2020, dispuso:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora Arcelia Bocanegra Walles identificada con la cedula de ciudadanía No. 26. 476.353 convivió con el señor Marceliano Barreiro entre el 27 de febrero de 1967 y el 7 de enero de 1982 y, el 20 de marzo de 2010 hasta el 16 de febrero del año de 2018.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la señora Arcelia Bocanegra Walles identificada con la cedula de ciudadanía No. 26. 476.353, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Marcelino Barreiro, a partir del 17 de diciembre del año 2018, en un porcentaje igual al 50%, conforme quedo considerado en la parte motiva de esta sentencia.*
> ***TERCERO: CONDENAR** a Colpensiones a pagar a favor de la demandante 14 mesadas pensionales al año, la pensión de sobrevivientes, en cuantía del S.M.LV., junto con el pago del retroactivo pensional causado desde el 17 de diciembre del año 2018.*
> ***CUARTO: CONDENAR** a Colpensiones a pagar a favor de Arcelia Bocanegra Walles, los intereses moratorios a partir del 24 de febrero de 2019 y hasta cuando se haga efectivo el pago del retroactivo pensional aquí ocasionado.*
> ***QUINTO: AUTORIZAR** a la demandada Colpensiones a que realice los respectivos descuentos en el sistema de seguridad social en salud sobre las sumas ordenadas anteriormente, conforme a lo considerado.*
> ***SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada, conforme la parte motiva del fallo.*
> ***SEPTIMO: CONDENAR** en costas a Colpensiones, se fija como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. (…)*

OCTAVO: *En caso de no ser apelada, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta".*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada, en cuanto la A- quo desconoció que el derecho se le negó a la demandante bajo el imperio de la ley, teniendo en cuenta que al momento del reconocimiento pensional la misma no demostró el requisito de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo con el causante, ya que sólo acreditó el vínculo matrimonial; de ahí que no fue por capricho que no se le otorgó y se concedió a la menor; además, frente a la excepción de compensación, la jurisprudencia ha sido reiterativa por lo que debió declararse respecto al pago realizado a la menor, ya que de no ser tenido en cuenta se realizaría un doble pago. Por otro lado, los testimonios no fueron debidamente valorados y tratándose del interrogatorio de parte rendido por la demandante, el mismo ha de considerase como falso, pues a la hora de declarar un tercero le indicó las fechas, tal y como también lo reconoció la Juzgadora en la diligencia, amén de que la demandante aceptó que no siempre mantuvo la convivencia; y en relación con las costas procesales no hay lugar porque dicha entidad actuó de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, la apoderada de la parte demandante insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia como quiera que se cumple con todos los requisitos legales para el otorgamiento de la misma, entre ellos la convivencia y la existencia del matrimonio católico vigente hasta el día del fallecimiento del causante. Entre tanto, COLPENSIONES, solicitó su exoneración dado que reconoció la totalidad del derecho a la menor hija del causante, en razón que no se logró demostrar la convivencia de éste con la demandante; además que las pruebas testimoniales solicitadas por la parte actora se encuentran viciadas atendiendo su vínculo familiar con aquellas, no siendo procedente la condena en costas, los intereses moratorios. Por último, la vinculada como Litis Consorte Necesaria solicitó la denegación de las pretensiones por las graves contradicciones en tiempos de convivencia y por la no dependencia económica de la demandante con el causante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se circunscribe a determinar si la demandante acreditó en debida forma su convivencia con el causante por un término no inferior a los 5 años en cualquier tiempo y por tanto le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, en caso afirmativo, si hay lugar a disponer el pago de la pensión y desde qué fecha, debiendo verificarse si la orden de pago retroactivo se constituye como un doble pago por COLPENSIONES o si habría lugar a declarar la compensación, con especial énfasis en la valoración probatoria de la prueba declarativa y si es procedente la exoneración de las costas procesales impuestas a COLPENSIONES.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución 94 del 23 de enero del 2003, le fue concedida al señor MARCELIANO BARREIRO (Q.E.P.D), pensión de jubilación por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 16 de diciembre de 2018, por lo que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así, tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *(…) "Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión*

de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"*[1]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, con el fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la aludida convivencia, se adentra la Sala al análisis de la prueba que se dice mal apreciada.

En tal sentido, milita en el expediente a folio 20, acta de matrimonio celebrada el 2 de febrero de 1967 entre la aquí demandante y el causante, en la que no se advierte nota al margen de alguna disolución o separación.

Ahora bien, en cuanto a la prueba declarativa, la testigo YOLANDA DÍAZ, tía de la menor MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN, informó que conoció al causante hacía aproximadamente 10 años, con ocasión del noviazgo que sostuvo con su hermana y, por ello sabe que fruto de dicha relación sentimental procrearon a la menor, que el señor Marceliano vivía en Sincelejo con la señora Arcelia en la casa de Campo Alegre, que su hermana no se fue a vivir con él precisamente porque vivía con la esposa, señora ésta última a quien conoce porque junto con el causante eran quienes pasaban a cobrarle el arriendo a ella, y lo que él le decía era que no convivía con Arcelia sino que cada uno tenía su pieza y que ellos se habían separado desde que él tuvo a la niña, aunque manifestó que sí conoció a la señora Arcelia como la

[1] CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

esposa del señor Marceliano, sin que le conste si se divorciaron. Por su parte, la señora PATRICIA GARZÓN ORTEGA, mamá de la menor María Valentina Barreiro Garzón, relató que tuvo una relación de novios con Marceliano, pero nunca se quiso ir a vivir a su casa, porque la señora Arcelia vivía en esa casa, tampoco solicitó la pensión de sobreviviente porque Marceliano se lo dejo a su hija y por eso no reclamó ni quiere nada para ella. Entre tanto, el testigo LIBARDO PINILLA, vecino del señor Marceliano y la señora Arcelia en Campo Alegre, ya que en dicho corregimiento tiene una panadería a 100 metros de la casa de éstos, indicó que conoció a Doña Arcelia hace más de 45 años y por eso sabe que era la mujer de Don Marceliano, que ellos eran casados y su relación era normal, asistió al velorio del causante lugar donde se encontraban su esposa Arcelia y sus hijos; precisando también que tiene conocimiento que ellos se separaron por un tiempo, pero doña Arcelia regreso en el 2010, lo cual recuerda porque la vio llegar con el trasteo.

Últimamente, lo manifestado por la demandante Arcelia Bocanegra Walles al absolver interrogatorio de parte, se contrajo a que fue la esposa del causante con quien convivió con amor sincero al punto de cuidarlo en el hospital, dormían juntos, compartían fiestas y almuerzos con la familia, no se distanciaron al saber de la existencia de Valentina siendo que, incluso dicha niña iba a almorzar todos los domingos a la casa y él la mantenía, en cuanto a los quehaceres siempre cumplió con sus obligaciones como esposa pero cuando tuvo un problema de columna y seis meses de incapacidad su esposo se manejó muy bien pagando a quien les colaborara, convivieron en el corregimiento de Campo Alegre -calle 21 A Barrio Malangay-, además, en el Hospital, conforme consta en los registros donde están los números de cedula de las visitas en la mañana y en la tarde fueron ella y su hija quienes lo cuidaron y visitaron durante su enfermedad, se casaron en 1967 el 2 de febrero a las 5 de la mañana y vivieron juntos hasta 1982, cuando lo dejo por maltrato y se fue por un tiempo, regresando el 20 de marzo de 2010 con él hasta el día de su muerte y tuvieron dos hijos.

Pruebas todas ellas que valoradas en su conjunto, contrario a lo sostenido por la censura, dan cuenta no sólo de que la pareja mantuvo un vínculo matrimonial vigente desde la fecha de la ceremonia y hasta el fallecimiento del pensionado, sino de su efectiva convivencia por tiempo superior a cinco años, tal y como lo precisaron todos y cada uno de los testigos al coincidir en que la pareja vivía en el mismo bien inmueble, sin que desvirtuaran la ayuda mutua que se prestaron, y si bien es cierto la tía de la menor indicó que ellos pese a vivir en la misma casa no tenían ninguna relación sentimental, dado que tal conocimiento no lo obtuvo de manera directa sino, según manifiesta, por lo que el causante le comentaba, es claro que no desvirtuó la dicha convivencia, al tratarse de una situación que no conoció de manera directa, máxime cuando fue la propia madre de la menor quien aseguro que no convivió nunca con el señor Marceliano porque este vivía con su esposa Arcelia en la misma casa, de suerte que tales declaraciones lejos de mostrarse provocadas y contradictorias fueron espontáneas y veraces en relación con lo sucedido, sobre todo con la relación de esposos, y la reanudación de la convivencia tras un período de separación que de ningún modo afecta el término previsto en la ley.

En este punto conviene precisar que el trabajo de campo realizado por COLPENSIONES al que hace relación en sus distintas resoluciones y que fue el fundamento de la negativa para otorgar el derecho pensional a la señora Arcelia, no fue allegado al plenario por dicha entidad, con lo cual no resulta dable efectuar pronunciamiento alguno, y sobre esa base, mal puede negar la efectiva convivencia aquí demostrada. Y es que debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba en este tipo de asuntos se encuentra a cargo de la entidad demandada para este caso COLPENSIONES, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión.

Últimamente, en lo que al interrogatorio de parte absuelto por la demandante interesa, y más específicamente, en la ayuda que pudo tener la misma por parte de un tercero al dar respuesta sobre las fechas de efectiva convivencia con el causante, basta indicar que dicha inconformidad no es relevante, no sólo porque, según se aprecia en la diligencia, luego de ser requerida por la Juez no se demostró que alguna persona la asistiera para tales propósitos, sino porque la dicha convivencia de los (5) años en cualquier tiempo quedó demostrada con los otros medios probatorios, y en todo caso, al permanecer su vínculo matrimonial vigente como dio cuenta el registro civil de matrimonio, ni siquiera era indispensable el referido análisis de la convivencia de los 5 años, conforme lo planteado en la sentencia SL359-2021 del 3 de febrero de 2021 M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la que expuso:

> *"Claro lo anterior, la Sala debe determinar, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente, pero separado de hecho, debe demostrar, además de la convivencia efectiva durante 5 años en cualquier tiempo, que los lazos afectivos permanecieron inalterados hasta el momento de deceso del causante. Sobre la materia, es preciso señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (…) b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o 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 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. Al respecto, esta Sala ha señalado que la demostración de los lazos familiares y afectivos, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante, no es una exigencia prevista en el inciso 3.º del literal b). Lo anterior, en la medida que el texto de tal disposición establece que, en ese evento, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido."

Así las cosas, al encontrarse acreditada la convivencia efectiva y real de la demandante con el causante[2] entre el 27 de febrero de 1967 y el 7 de enero de 1982 y, desde el 20 de marzo de 2010 hasta **el 17 de diciembre de 2018**, a más de la permanencia de su vínculo matrimonial sin que se perdieran lo efectos civiles del mismo, es del caso modificar el ordinal primero de la sentencia apelada, atendiendo que de acuerdo al audio de la audiencia en la que fue proferida, la A quo fijó como fecha final el **16 de febrero de 2018**, sin que la fecha consignada en el acta pueda tener los efectos de una corrección a voces de lo previsto en el artículo 286 del CGP[3] aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS.

DEL RETROACTIVO DE LA SUSTITUCIÓN PENSONAL – EXCEPCION DE COMPENSACIÓN – DOBLE PAGO

Reprocha la entidad pensional demandada que pese al pago de la sustitución pensional que realizó de buena fe a la menor MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN, se le condenara en esta oportunidad al reconocimiento retroactivo de tal concepto, esto es, se le obligue a pagar nuevamente dichas sumas dinerarias a la señora ARCELIA BOCANEGRA WALLES, en la medida que estos pagos pensionales

---

[2] Recuérdese que conforme a los principios de libre formación del convencimiento y de persuasión racional, el juez en asuntos del trabajo y de la seguridad social goza de libertad para apreciar, analizar y preferir las pruebas que le resulten más convincentes, pues no está sometido a la tarifa legal, salvo que se trate de hechos cuya acreditación requiera de prueba solemne pues, en tal caso no se admitirá otro medio diferente. Así lo tiene definido de antaño esta Corporación, en línea pacífica, no modificada y recientemente reiterada entre otras en la sentencia CSJ SL223-2020, en la que adoctrinó: *"De todos modos, lo que hizo el ad quem fue darle mayor preponderancia a la apreciación conjunta de los demás medios de convicción, libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues si bien el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le impone a los juzgadores de instancia la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo es que están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción, sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, evento en el cual «no se podrá admitir su prueba por otro medio» situación que no acontece en el sub lite. En este punto, cabe recordar que conforme al artículo 61 ibidem, los jueces de instancia gozan de la facultad de analizar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad, salvo que, como se dijo, sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia. Luego, la Corte no puede invadir y contraponer su propio criterio valorativo al de los juzgadores, pues de hacerlo, incurriría en una violación al ámbito de libertad de apreciación que el orden jurídico les otorga.*" (CSJ sentencia SL 589-2020 del 26 de febrero de 2020, radicado 75490 M.P Dra Jimena Isabel Godoy Fajardo)

[3] Artículo 286. **Corrección de errores aritméticos y otros**. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto. Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella.

se hicieron bajo los preceptos legales y proceder en contrario conllevaría a un doble pago en detrimento patrimonial.

Sobre el particular, interesa recordar que el juzgador de primera instancia, consideró que la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, debía reconocerse y pagarse a partir del 17 de diciembre del 2018, fecha en que falleció el causante, ya que COLPENSIONES no procedió de manera correcta, pues al estar en presencia de dos reclamaciones pensionales que alegaban tener igual derecho, el actuar correcto era dejar en suspenso tal otorgamiento hasta que la justicia ordinaria laboral decida, según lo dispone el artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad, en armonía con lo previsto por el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008. De ahí que, el reconocimiento de la pensión a la aquí demandante debía hacerse desde la fecha de fallecimiento del causante, pese a que la entidad le hubiese otorgado la pensión a la menor hija, por su puesto en la proporción que frente a ella no existía discusión (50%). Determinación que, de paso valga señalar, en momento alguno es equivocada, puesto que es lo que en verdad tuvo en cuenta el fallador, y además es criterio consolidado de la jurisprudencia, que, ante la existencia de controversia entre los posibles beneficiarios, las entidades administradoras de pensiones deben esperar a que la jurisdicción pertinente defina que derechos tienen las partes sobre la prestación para luego proceder con el pago; de otra parte y en aras de no sacrificar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, ante tal circunstancia y en procura de evitar la configuración de un doble pago sin causa alguna. Se precisa que la entidad puede iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud.

Frente a este tópico la normatividad vigente junto con la jurisprudencia ha establecido, que las entidades pensionales tienen facultad de recuperar el pago de mesadas que no cumplían con las disposiciones legales, dicha potestad se debe atender bajo unos criterios conforme lo establece en sentencia de tutela T-1060/05 del 20 de octubre de 2005 del Magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, así:

> *"El pensionado que se haya beneficiado con lo pagado en exceso, no podrá pretender conservar dichos dineros indebidamente recibidos, razón por la cual, la entidad que tenga derecho a exigir su devolución deberá hacer uso de los mecanismos legales y judiciales existentes. No obstante contar con este derecho, la entidad deberá al momento de recuperar dichos recursos económicos, tener en cuenta factores esenciales para que dicho cobro no afecte los derechos del particular, para lo cual deberá tener presentes elementos tan importantes como el monto total de lo reclamado, la situación económica del particular, su edad y esperanza de vida, su núcleo familiar dependiente económicamente y otros componentes que permitan garantizar el mínimo vital del pensionado."*

Por lo expresado no hay lugar a variar la decisión adoptada en primera instancia sobre el reconocimiento de la pensión a la promotora de esta actuación efectuado de manera retroactiva, sin que sobre tal concepto opere la excepción de

compensación por la potísima razón que no se dan los presupuestos establecidos en la ley ya que no se probó en juicio que entre COLPENSIONES y la aquí demandante existieran obligaciones mutuas.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

> "***CONDENA EN COSTAS.*** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
> *(…)*
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
> *3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (…)"* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

En tal orden de ideas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no se encuentra soporte legal y fáctico para que se acceda a revocar.

Ello es así porque las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte ganancia sa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.[4]

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.° 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

[4] Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

> *"Por último, en lo que, si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlas de dicho rubro."*

Por lo expresado, toda vez que el A quo condenó en costas a COLPENSIONES ya que la sentencia le fue desfavorable a sus intereses, es por lo que se confirma tal determinación.

En esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación.

Las reflexiones en precedencia conducirían a confirmar en todo lo demás la sentencia recurrida, sin embargo, evidenciando la Sala que existe una contradicción entre los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia, pues mientras en el primero de ellos estableció la mesada pensional en un 50% del monto que le vía siendo reconocido al causante, en el ordinal que le sigue señaló que la "cuantía" de la prestación correspondía al SMLMV; es necesario modificar el ordinal TERCERO en tal aspecto, en aras de evitar futuras nulidades, por lo que para todos los efectos legales deberá tenerse como mesada pensional de la señora Arcelia la fijada en el ordinal segundo.

OTRAS DETERMINACIONES

El artículo 46 del CPTSS enseña que las audiencias serán grabadas con los medios técnicos que ofrezcan fidelidad y seguridad de registro y que si la audiencia es grabada, se consignará en el acta el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia, siendo firmada ésta por el juez y el secretario y de ella hará parte el formato de control de asistencia de quienes intervinieron, sin que en ningún caso se deba hacer la reproducción escrita de las grabaciones ya que las mismas se incorporarán al expediente.

Así las cosas, evidenciando la Sala que, aun cuando no era presupuesto necesario que el acta realizada por el juzgado consignara la parte resolutiva de la sentencia, dado que decidió optar por ello, es del caso conminarla en esta oportunidad para que en lo sucesivo se abstenga de plasmar información incompleta y/o errónea que no se ajuste al contenido fiel y verdadero de lo acaecido en la audiencia, como aquí aconteció, ya que tal circunstancia no sólo lleva a confusión de las partes sino de todo aquél interesado en el expediente, contradiciendo los postulación de confianza legitima, publicidad y debido proceso, que gobiernan esta clase de actuaciones.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el acta obrante a (fl - 99) no guarda integra fidelidad con la parte resolutiva del audio de la audiencia que costa a (fl - 96) , ya que en dicho documento además de registrar la modificación de una fecha frente a la que no se pronunció (ordinal primero), omitió algunas de sus decisiones (ordinal tercero) y anotó otras frente a las que ni siquiera se había pronunciado (ordinal

indexación), entre otras, y si bien es cierto lo que obliga en un escenario como este y respecto de las partes es lo realmente sucedido en la diligencia, con el fin de evitar futuras solicitudes de corrección, aclaración, adición o nulidades, es por lo que se ordena a la A quo que proceda a corregir el acta por ella suscrita en el sentido de que su parte resolutiva se ajuste a lo dicho en la sentencia, previniéndola para que en lo sucesivo, de querer transcribir en las actas la parte resolutiva de las providencias, revise que correspondan a una fiel reproducción del audio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) laboral del Circuito de Bogotá de fecha 19 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ARCELIA BOCANEGRA WALLES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con la vinculación de MARÍA VALENTINA BARREIRO GARZÓN, en cuanto fijó como fecha de convivencia entre la demandante y el causante del 27 de febrero de 1967 al 7 de enero de 1982 y del 20 de marzo de 2010 al "**16 de febrero de 2018"**, para en su lugar establecer que la fecha correcta de dicha convivencia fue hasta el **"16 de diciembre de 2018"**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia de la sentencia únicamente en cuanto señaló que la "cuantía" de la prestación pensional que le correspondía a la demandante ascendía a la suma de un (1) SMLMV, para en su lugar precisar que la misma corresponde a la establecida en el ordinal SEGUNDO de dicha providencia, esto es, al 50% del monto que le venía siendo reconocido al causante.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de alzada, conforme a los razonamientos expresados por la Sala, en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de $1.000.000°°. Las de primera instancia se confirman.

QUINTO: ORDENAR a la A quo que proceda a corregir el acta por ella suscrita visible a (fl - 99) en el sentido de que su parte resolutiva se ajuste a lo dicho en la sentencia, previniéndola para que, en lo sucesivo, de querer transcribir en las actas la parte resolutiva de las providencias, revise que correspondan a una fiel reproducción del audio, conforme lo dispuesto en el acápite de otras determinaciones.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502420150042502

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES (Entidad responsable del pago.)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demanda UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL-UGPP **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENCIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP** en contra de la sentencia proferida el 26 de junio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GLADYS REYES DE GARZÓN** en contra de **COLPENSIONES** antes **INSTITUTO DE LA SEGURUDAD SOCIAL.** Con la vinculación de **ROSALBA VARGAS, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENCIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP** como Litis consortes necesarias; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Dannia Vanessa Yusselfy Rosas y como apoderada sustituta a la doctora Karen Julieth Nieto Torres en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 275 a 277

ANTECEDENTES

GLADYS REYES DE GARZÓN, promueve demanda ordinaria laboral en contra COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que tiene derecho por ser la cónyuge o compañera permanente con una convivencia durante más de 20 años con el causante, se procuró el pago de la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del causante debidamente indexada o ajustada con base al IPC y todos los demás valores que se logren demostrar y condenar en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio civil con el señor JOSE FRANCISCO GARZON SANCHEZ, en el

Cantón, Duale, Ecuador, celebrado el 21 de junio de 1973, el cual se protocolizo en Colombia, mediante escritura pública No. 1521 del 24 de marzo de 1975, otorgada en la notaría Cuarta (4) del círculo de Bogotá, convivencia que se mantuvo hasta el día de su fallecimiento; que el causante falleció el 30 de enero de 1992 en Bogotá; con anterioridad a su convivencia, existió vínculo conyugal del causante con la señora Rosalba Vargas, que fue liquidado el 20 de mayo de1980; presentó la solicitud de sustitución pensional ante la entidad demandada y, la misma, mediante resolución 006410 del 12 de julio de 1993, reconoció como beneficiarios a los menores hijos del causante, Nicolas Francisco e Iván Patricio Garzón Reyes; frente a las pretensiones de la señora Reyes, negó el reconocimiento como beneficiario, frente a esta decisión interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, el recurso de reposición se resolvió a través de la resolución No. 00683 del 4 de febrero de 1994, confirmando la decisión adoptada. Con relación al recurso de alzada fue desatado 7 años después que se estudió en resolución No. 222 del 13 de marzo de 2001, quien confirma en todos sus apartes la negativa del reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Cumplida la mayoría de edad pensional de los hijos del causante, la accionante elevó derecho de petición reclamando la prestación, donde nuevamente la entidad negó lo pretendido mediante comunicación DATEP 5522 de 26 de julio de 2007, contra este, la actora interpuso recurso de reposición, el cual se negó por medio de comunicación DAPET 9118 del 7 de noviembre de 2007.

En el transcurso del proceso, mediante auto del 3 de agosto de 2015, se ordenó integrar como litis consorte a la señora Rosalba Vargas. También por auto del 16 de marzo de 2017, se ordenó integrar como litis consorte necesario a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.- POSITIVA ARL y requirió a COLPENSIONES para que allegara el archivo del causante. Por último, mediante auto del 14 de noviembre de 2017, se ordenó integrar como litis consorte a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, para que estos se pronunciaran al respecto del caso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en termino dio contestación mediante escrito a folios 69 a 77, en donde se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandante, solicitando negar todos los derechos invocados por la demandante y solicita se le absuelva de todos los cargos mencionados, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría salvo, el matrimonio entre la demandante y la causante, la convivencia, la edad y la dependencia económica de su núcleo familiar para con el fallecido, el vencimiento de términos para el disfrute de la pensión por parte del hijo beneficiario, a los requisitos necesarios para ser beneficiaria de pensión de sobrevivientes. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, prescripción, compensación, cobro de lo no debido, innominada o genérica.

ROSALBA VARGAS (Litis Consorte Necesario)

Mediante auto del 3 de agosto de 2015, el fallador de primera instancia ordenó integrar como Litis Consorte Necesaria, a la señora Rosalba Vargas. Observa este colegiado, que a pesar de que se notificó en debida forma, y se realizó el emplazamiento por medio de periódico de alta circulación, la Litis Consorte Necesaria, no allego contestación ni se vinculó al proceso, por tal motivo, mediante auto del 14 de octubre de 2015, a folio 78, se ordena nombrar curador Ad Litem, y se notificó el día 13 de abril de 2016, al Dr. José Alirio Rodríguez Molina, a folio 90, quien contestó, en cuanto a los hechos los acepto en su mayoría, salvo lo referente a la convivencia, a los recursos; se abstuvo de pronunciarse a las pretensiones y afirmo que las mismas deben de ser materia de debate probatorio en el trámite del proceso. En cuanto a las excepciones, refirió el artículo 282 del Código General del Proceso, en cuanto a la resolución sobre las excepciones, indicó que se debe verificar la presencia de una convivencia simultánea.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (Litis Consorte Necesario)

Mediante auto del 16 de marzo de 2017, el Juzgado ordenó integrar como Litis Consorte Necesario a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.- POSITIVA ARL. La misma se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandada, solicitando negar todos los derechos invocados por la demandante y solicita se le absuelva de todos los cargos mencionados, en cuanto a los hechos los negó en su mayoría, salvo la convivencia, la edad y la dependencia económica de su núcleo familiar para con el fallecido, de la separación de bienes entre el causante y la señora Rosalba, el vencimiento de términos para el disfrute de la pensión por parte del hijo beneficiario y del derecho de petición elevado por la aquí demandante. Propuso las excepciones previas de falta de competencia por no agotamiento de la relación administrativa, no comprender la demanda a todos los Litis Consortes Necesarios. de mérito, inexistencia de la obligación, prescripción buena fe e innominada y genérica. Además, propuso vincular a la UGPP.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENCIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP (Litis Consorte Necesario)

El auto de fecha 14 de noviembre de 2017, ordenó integrar como Litis Consorte Necesario a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, esta se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandada, dado que afirmó que el reconocimiento de la pensión debe ser por parte de COLPENSIONES. Además, resalta que la demandante no agotó la reclamación administrativa ante la entidad, en cuanto a los hechos los negó todos aduciendo que el expediente no llegó a la UGPP. Propuso las excepciones de ineptitud en la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva, no agotamiento de los requisitos de procedibilidad y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora GLADYS REYES DE GARZON, identificada con C.C. No. 41.617.754, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de JOSÉ FRANCISCO GARZON, a partir del 1 de febrero de 1992.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, a pagar a favor de GLADYS REYES DE GARZON, identificada con C.C. No. 41.617.754 el retroactivo pensional causado desde el 11 de mayo de 2012, fecha para la cual la mesada pensional corresponde a $1.196.196.13, en 14 mesadas pensionales debidamente indexadas al momento de inclusión en nómina de la accionante.*
.
***TERCERO: AUTORIZAR** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, a que realice los respectivos descuentos en favor del Sistema General en Salud, sobre las sumas ordenadas anteriormente, conforme a lo considerado.*

***CUARTO**: **DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la UGPP y las de INEXISTENCIA DE LA OOBLIGACION (Positiva y COLPENSIONES)*

***QUINTO: sin CONDENA** en costas dentro de la presente litis.*

***SEXTO: ABSOLVER A** COLPENSIONES, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS y a la señora ROSALBA VARGAS, de todas las pretensiones de la demanda."*

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la *UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP*, interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada la decisión al respecto de la pasiva, haciendo referencia a que en los archivos de la entidad no reposan expedientes del señor JOSE FRANCISCO GARZON SANCHEZ (q.e.p.d.), aduciendo que por este motivo la demandada no pudo realizar un juicio o estudio documental, aunado a esto, nunca se elevó solicitud en contra de la misma, por lo que no es responsabilidad dela UGPP, pagar las prestaciones a la señora GLADYS REYES DE GARZÓN y contrario a la decisión debe ser la ARL encargada, o en su defecto, COLPENCIONES la que responda, con ocasión a que fue ella, COLPENSIONES, quien negó en varias oportunidades el derecho pensional a la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, insiste en que no se acreditan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerada como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, ya que, de acuerdo al concepto en cita, no acredita la convivencia por los medios

probatorios idóneos que exige la normatividad vigente, o no se contienen con los anexos de la demanda. Además, se debe señalar, lo discutido en el presente asunto ya fue acreditado, por cuanto la prestación fue reconocida a quienes acreditaron tener el mejor derecho, en ese momento sus hijos y desde su reconocimiento se canceló de manera oportuna. En ese orden de ideas, solicito Señor Magistrado, se confirme la sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones de la parte actora, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP alega que no son una Entidad responsable de asumir la condena impuesta por el A-quo. Si el actor cotizó semanas para pensión ante Cajanal o el antiguo ISS, sea cual fuere la entidad a la que haya cotizado, se demostró por parte de este extremo de la litis que no existe expediente pensional del señor JOSE FRANCISCO GARZON SANCHEZ que repose en las instalaciones de la UGPP. Así mismo, téngase en cuenta las pruebas que se han incorporado en el proceso, COLPENSIONES es la Entidad quien a través de la Resolución número 006410 del 12 de julio de 1993 , reconoció a los menores hijos del causante como los beneficiarios de esta pensión, esto es a quienes eran menores NICOLAS FRANCISCO e IVAN PATRICIO GARZON REYES y la Entidad quien ha respondido ante la solicitud y recursos interpuestos por la señora GLADYS REYES DE GARZÓN es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, quien para la suscrita es la Entidad responsable de asumir cualquier condena que se imponga en este proceso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo, se centra en determinar si le asiste responsabilidad a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, de pagar a favor de la señora GLADYS REYES DE GARZON, la pensión de sobrevivientes, concedida con ocasión al fallecimiento del señor JOSÉ FRANCISCO GARZÓN. En razón a la convivencia por más de 20 años entre el causante y la demandante, o por el contrario, será motivo de estudio el que se atribuya dicha responsabilidad a la ARL encargada, o en su defecto a COLPENCIONES. así mismo, es menester realizar el análisis en cuanto a la consulta en lo que o fue objeto de apelación.

RESPONSABILIDAD DEL PAGO

Deberá ser analizado en primer lugar, la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de pensiones que se crearon a partir de la extinción y liquidación del ISS, dado que la apoderada de la apelante aduce que no es de su responsabilidad el pago de lo pretendido, teniendo en cuenta que la misma no conoció sobre la documental aportada por COLPENSIONES, en concreto sobre la resolución 00107 del 10 de marzo de

1997, emitida por el ISS; Además, de las reclamaciones y peticiones negadas por esta última. Es de advertir que a pesar de las negativas del ISS, en cuanto a la solicitud que elevo la demandante sobre su derecho a la pensión de sobrevivientes como cónyuge o compañera permanente, la misma, en la mentada resolución otorgo el derecho requerido, que precisa a folio 237 de la *resolución 0107 del 10 de marzo de 1997* (…)"*que teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en los artículos 7º y 8º del decreto ley 00433 de 1971 y a las normas vigentes a la fecha actual en que aun no a adquirido firmeza el acto administrativo en razón al recurso de apelación que se está resolviendo, también debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 que establece entre otras circunstancias, que se entiende que falta el cónyuge cuando la pareja lleva cinco (5) años de separación de hecho. Que en razón a que en la resolución impugnada no se negó o hizo alusión en los respectivos considerandos en relación a la señora GLADYS REYES DE GARZON, es procedente, modificar dicho acto administrativo y ordenar el reconocimiento de la cuota parte que le corresponde de la pensión de sobrevivientes, para lo cual el Seguro Social efectuara los ajustes a los que hayan lugar en relación con la prestación concedida por este mismo concepto a los menores NICOLAS FRANCISCO E IVAN PATRICIO GARZON REYES, hijos del asegurado fallecido"*, sin que en el plenario obre certificado pago de la prestación. Es así que, a partir de la cesación del funcionamiento del extinto ISS, la administración de la documental se trasladó a la entidad previsora Vida S.A. como lo indica la resolución 1293 del 11 de agosto de 2008, emitida por la Super Financiera, de allí resulta el nacimiento de Positiva Compañía de Seguros S.A., quien a partir del 1 de septiembre de la misma anualidad, se encargó del manejo de los activos, pasivos y contratos de la administradora de riesgos profesionales de la entidad liquidada. A partir de la misma calenda la nueva entidad, inició la administración de las pensiones otorgadas por riesgos laborales a todos los pensionados del INSTITUTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Por medio del decreto 1437 de 2015, que reglamento el artículo 80 de la ley 1573 de 2015[1], las pensiones que se encontraban a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A serán administradas por la *UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP*.

Se puede apreciar, que lo fallado por el juzgado de primera instancia en contra de la *UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP*, el

[1] Decreto 1437 de 2015 que reglamento el artículo 80 de la Ley 1573 de 2015: *(…)las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva Compañía de Seguros S. A., cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, serán administradas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente.(…)*

pago del retroactivo pensional a favor de la señora GLADYS REYES DE GARZON. desde el 11 de mayo del 2012, en catorce (14) mesadas debidamente indexadas al momento de la inclusión en nómina, encuentra su razón en la normatividad, en cuanto que quien administra las pensiones que son tema del presente proceso es la entidad a la cual se condenó, a pesar de que afirmó que no conocía de lo pronunciado en la resolución 00107 del 10 de marzo de 1997, emitida por la entidad extinta ISS, ni de las solicitudes y peticiones elevadas ante esta última y COLPENSIONES, no es razón suficiente para el perjuicio de derechos adquiridos por la aquí demandada, ya que, ella no es titular de culpa, del mal manejo documental de quien administra dichos expedientes.

Por esto, aunque la entidad se encuentre inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, se puede demostrar que, según la normatividad expuesta por esta corporación, está a cargo de la misma responder con la condena expuesta, por las razones ya expuestas en párrafos anteriores.

CONSULTA

Es claro que, según los presupuestos legales, en cuanto al grado de jurisdicción por consulta, que se emite al superior jerárquico de quien emite la sentencia el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, reza en su artículo 69 que:

> *"Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta". (…)*
> *(…) También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. (…)*

En sentencia C 424 de 2015 la corte constitucional, dijo:

> *"Se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus."*

Al respecto, dado que la sentencia de primera instancia, condeno a una entidad que presta servicio al estado como lo es la UGPP y en aras de velar por la protección de los derechos que el fallador pudo haber vulnerado en

su decisión, es imperioso resolver la consulta propuesta al respecto de lo que no fue objeto de apelación.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que el fallecimiento del señor JOSE FRANCISCO GARZON, fue el 30 de enero de 1992, por lo que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 del decreto 3170 de 1962, 8 del decreto 1889 de 1994 y el 20 del decreto 3041 de 1996, entre otras, por ser las normas que se encontraban vigentes a la fecha de fallecimiento del causante.

Así, tenemos que los artículos 28 del decreto 3170 de 1962, 8 del decreto 1889 de 1994 y el 20 del decreto 3041 de 1996, consagra:

> ***"Artículo 28.*** *La pensión a favor de la vida será igual a un veinticinco por ciento (25%) del salario de base computado en la misma forma dispuesta por el artículo 22 para el cálculo de las pensiones de invalidez. Está pensión se elevará al treinta por ciento (30%) del salario de bases y la viuda es inválida. El viudo inválido tendrá el mismo derecho a la pensión que la viuda inválida, si hubiere dependido económicamente de la asegurada.*
>
> *El derecho a la pensión comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte de la beneficiaria o cuando está contraiga nuevas nupcias o reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia. Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá en sustitución de las pensiones eventuales un seguro global equivalente a tres anualidades de la pensión reconocida.*
>
> ***ARTICULO 8o.*** *DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:*
>
> 1. *El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.*
>
> ***ARTICULO 20.*** *Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:*
>
> *a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;"*

Normatividad de la que fácil es deducir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida,*

forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"[2]. *Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida."*

Aclarado lo anterior, con el fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la convivencia, relieva la Sala que el análisis de las pruebas se encuentra de conformidad apreciadas.

En tal sentido, milita en el expediente a folios 14 a 17, copia de la escritura pública 1521 de 24 de marzo de 1975, emitida por la notaría Cuarta (4) del Círculo de Bogotá, donde se protocoliza el matrimonio de la demandante con el causante, en la que no se advierte nota al margen de alguna disolución o separación.

Finalmente, lo manifestado por la demandante GLADYS REYES DE GARZÓN, al absolver interrogatorio de parte, se contrajo a que fue la esposa del causante con quien convivió durante más de 20 años, que dentro de este periodo procrearon a 3 hijos de nombre LILIAN DEL ROSARIO, NICOLAS FRANCISCO E IBAN PATRICIO GARZON REYES, de los cuales se aportó junto con la demanda registros civiles de nacimiento que militan a folio 40 a 42.

Pruebas todas ellas que, valoradas en su conjunto, contrario a lo sostenido por la censura, dan cuenta no sólo de que la pareja mantuvo un vínculo matrimonial vigente desde la fecha de la ceremonia y hasta el fallecimiento del pensionado, sino de su efectiva convivencia por tiempo superior a cinco años, tal y como lo precisaron todos y cada uno de los testigos al coincidir en que a pareja vivía en el mismo bien inmueble, sin que desvirtuaran la ayuda mutua que se prestaron.

A saber, que este colegiado no encuentra razón para censurar la decisión tomada por el *A quo*, en cuanto a lo que no fue motivo de apelación dentro del fallo de primera instancia salvo, en el caso de aclarar el ordinal quinto de la sentencia, atendiendo que de acuerdo al audio de la audiencia en la que fue proferida, la A quo no fijo costas, pero dentro del escrito de la sentencia se fijan costas en contra de la UGPP. Por lo demás, revisado el material probatorio allegado por las partes, además de analizada la normatividad aplicada al caso concreto, es de resaltar que se encuentra

dentro de lo correspondiente al proceso Laboral Ordinario. Es de resaltar que las normas citadas por el juzgado, son precisas al analizar que a la fecha del fallecimiento del causante se encontraban vigentes leyes laborales y pensionales que el fallador utilizo para argumentar su decisión. Por lo tanto, analizado por esta corporación encausa a desatar la presente alzada en confirmar la decisión tomada por el togado en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia, conforme a los razonamientos expresados por la Sala, en la parte motiva de esta providencia., dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLADYS REYES DE GARZON en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con la vinculación de ROSALVA VARGAS, POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP. Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de $ 1.000.000 de pesos.

Notifíquese y Cúmplase.
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502420160057901

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES - Requisito convivencia (valoración probatoria),

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP y contra la señora MYRIAM REBECA BUELVAS DE BUSTOS; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la Dra. Yulian Stefan Rivera Escobar en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 174 al 182.

ANTECEDENTES

GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, promueve demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP y contra la señora MYRIAM REBECA BUELVAS DE BUSTOS, en procura de que se condene a la UGPP, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, desde la muerte del pensionado, indexada y/o ajustada al IPC o por mayor de sus correspondientes intereses moratorios y las costas que se generen en el proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.), convivió desde el 18 de agosto de 1986, con la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el día del descenso del causante, 05 de abril de 2015, es decir por un termino de 29 años, que de dicha unión procrearon una hija de nombre Laura María Bustos Vergara, mayor

de edad; que el señor Bustos, lalaboró como medico de Medicina Legal y cotizó en CAJANAL, hasta el 16 de mayo de 1986, donde se le reconoció la pensión a través de la resolución No. 03951 del 24 de mayo de 1988. Que la demandante dependía económicamente de su compañero fallecido y desde el año 2015, no cuenta con el mínimo vital para su subsistencia, que Myriam Rebeca Buelvas de Bustos y la aquí demandante radicaron ante la UGPP, solicitud de pensión de sobrevivientes, el 15 de julio de 2015, que dicha entidad negó la solicitud a través de la resolución No. RDP33070 del 13 de agosto de 2015, contra la cual se interpuso recurso de reposición el 24 de noviembre de 2015, el cual se resolvió con la resolución RDP043810 del 23 de octubre de 2015, en la cual se confirma cada una de las partes de la resolución No. RDP33070, que mediante resolución RDP049894, la UGPP, resuelve recurso de apelación, confirmando todas y cada una de las partes de la resolución RDP33070.

CONTESTACIÓN

Una vez notificadas las demandadas en debida forma de la demanda dieron contestación así:

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP, con escrito de folios 59 a 77, se opuso a la totalidad de pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el tiempo laborado y que trabajaba para Medicina Legal, la condición de pensionado del causante, así como la fecha de fallecimiento del pensionado, las solicitudes elevadas por la demandante y las respuestas obtenidas. Propuso como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas, genérica o innominada.

MYRIAM REBECA BUELVAS DE BUSTOS, el apoderado de los herederos de la señora BUELVAS, en cuanto a los hechos, los acepto en su mayoría salvo los relacionados con la edad de la demandante y que la misma dependía económica del causante, al cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y a las respuestas obtenidas por parte de la UGPP. Propuso las excepciones de mérito, falta de legitimación en la causa por pasiva y derecho proporcional.

CURADOR AD-LITEM, el apoderado de los herederos indeterminados de la señora BUELVAS, en cuanto a los hechos, indicó que no le constan en su mayoría, salvo los relacionados con la condición de pensionado y fecha de fallecimiento del causante, las solicitudes elevadas por la demandante y la señora Myriam Rebeca Buelvas de Bustos y las respuestas obtenidas ante la UGPP, al cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Propuso la excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

"PRIMERO: DECLARAR *que la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, identificada con C.C. No. 34.971.336, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.), a partir del 5 de abril de 2015 en un 47,3 % de la mesada pensional que venía percibiendo aquel y a la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.),*

identificada con la C.C. No. 25.757.380, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.), a partir del 5 de abril de 2015 en un 52,7 % de la mesada pensional, en 14 mesadas al año, y hasta el día 10 de febrero de 2017, fecha en la cual se acredita su muerte y a partir de la cual se acrecentará en un 100% de la mesada pensional a la señora GLADYS ESTHER VERGARA ONORO, de conformidad a lo aquí expuesto.

***SEGUNDO: CONDENAR a LA UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** a pagar a favor de la señora **MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.)**, quien en vida se identificó con la C.C. NO. 25.757.380, un retroactivo pensional causado desde el 5 de abril de 2015 hasta el día 10 de febrero de 2017 que corresponde al 52,7% de cada mesada pensional, para un total de $35.762.892,97, valor al que se autoriza a la entidad demandada a realizar los respectivos descuentos en salud, monto que deberá ingresar a la masa sucesoral, y por tanto se deberá consignar ese valor al proceso de SUCESIÓN de la causante MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.).*

***TERCERO: CONDENAR a LA UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** a pagar a favor de la señora **GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO**, identificada con la C.C. No. 34.971.336. el retroactivo pensional causado desde el 5 de abril de 2015 hasta el día 10 de febrero de 2017 correspondiente al 47,3% y a partir del 10 de febrero de 2017 correspondiente al 100% que venía recibiendo el señor RAMIRO BUSTOS que corresponde a la suma de $182.490.374,81, valor que se liquidó conforme se indicó en la parte motiva del presente proveído.*

***CUARTO: AUTORIZAR** a la demandada **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** a que realice los respectivos descuentos en favor del Sistema General en Salud sobre las sumas ordenadas anteriormente, conforme a lo considerado.*

QUINTO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

***SEXTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*

***SEPTIMO**: En el evento en que la UGPP no interponga recurso de apelación debe remitirse expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor por así disponerlo el Art. 69 del CPTYSS."*

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, interpuso recurso de apelación con el fin

de que sea revocada en su integridad y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda; argumentando que no es posible reconocer la sustitución pensional de sobrevivientes a la cónyuge y la compañera permanente, ya que, no lograron acreditar la convivencia exclusiva ni compartida con el pensionado, como tampoco demostraron la dependencia económica, requisitos fundamentales para que la UGPP, reconociera la pensión. Indica que existieron contradicciones en los testimonios presentados; que a pesar de que existe el vínculo matrimonial, no se demostró por parte de la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), que existiera un auxilio mutuo o un acompañamiento integral después de la separación, requisitos que establece la Corte.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, la UGPP, peticiona que se revoque el fallo en su totalidad porque no se cumple con la totalidad de los requisitos legales para acceder a lo pretendido, por ello no es procedente y como quiera que la UGPP, administra los fondos de la Nación, dicho reconocimiento constituiría un detrimento injustificado e ilegal al erario público. Por ende, no hay lugar a cobrar a la entidad las mesadas pensionales de a modo de retroactivo, la Indexación de las mesadas conforme al índice de precios al Consumidor "IPC" o ajuste de valor certificado por el DANE; y demás pretensiones solicitadas, toda vez que no tenía causado ni reconocido ningún derecho, pues le faltaba el cumplimiento de los requisitos estipulados en la normatividad vigente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO.

El mismo se centra en determinar si a la cónyuge y la compañera permanente del señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), les asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por encontrarse demostrada la convivencia por lapso de 5 años en cualquier tiempo y 5 años anteriores al deceso del señor BUSTOS (Q.E.P.D), respectivamente, cumpliendo con los requisitos establecidos por ley, ello de confirmarse la conclusión a la que arribó el A quo sobre el derecho pensional que tiene cada una de ellas y en qué porcentaje.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *(…) "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; (Subrayas y negrita fuera de texto).

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.[1] 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 la anterior normativa, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tenga más de 30 años al momento del fallecimiento, y para ello, el cónyuge debe acreditar haber convivido con el causante no menos de 5 años continuos en cualquier tiempo, tratándose de una compañera o compañero permanente, se debe acreditar haber convivido con el causante en los 5 años anteriores al deceso, de igual manera, se tiene que en los eventos en que respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera

[1] La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, declaró condicionalmente exequible "'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'. Fallo inhibitorio en relación con la expresión "no existe convivencia simultánea y" por inepta demanda.

permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión o en caso de convivencia simultánea, se tiene que la parte, proporción o porcentaje que corresponde a cada uno, se determina con base al tiempo de convivencia que cada uno acredite.

Sobre el tema conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL1399-2018, radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, en donde se indicó:

"(…)

3. Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente

a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

(…)

b. Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:

(…)

4. Convivencias plurales

a. Convivencia simultánea con el cónyuge y el(la) compañero(a) permanente

El inciso segundo del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa que «en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo». Desde luego que esta norma debe comprenderse, aún antes de la sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el sentido de que además de la esposa o esposo, también es beneficiaria la compañera o compañero permanente, en proporción al tiempo de

convivencia con el fallecido.

(…)

c. Convivencia no simultánea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente

El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse separado de hecho y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo."

(…)"

Precisado lo anterior, y toda vez que en este asunto la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, en calidad de compañera permanente indica que convivió con el causante, desde el año 1986 hasta su fallecimiento y el apoderado de los herederos de la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), en calidad de cónyuge, señaló que esta última convivió con el causante desde el año 1959, hasta el año 1986, se procederá a apreciar los medios de prueba allegados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del C.P.L y S.S.

Como documentales relevantes, fueron allegados los siguientes documentos:

Certificación emitida por el Instituto Medico de Alta Tecnología, Oncomedica S.A. y suscrito por los médicos William Cavadia, radioterapeuta y Fernando Oviedo, Oncólogo del 18 de agosto de 2016, mediante la cual certifican que el señor RAMIRO BUSTOS BERROCAL, fue atendido en dicha entidad desde el 19 de mayo de 2014 hasta el 05 de abril de 2015, fecha en la que falleció. Hacen constar que la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, fue la única acompañante durante el tratamiento del señor BUSTOS. Documento que milita a folio 38 del expediente. También reposa en el expediente a folios 39 y 40, declaraciones juramentadas, realizadas por las señoras MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y GLORIA DEL CARMEN LACHARME ARTEGA, ante el Notario Segundo (02) del Círculo de Montería, del 14 y 15 de mayo de 2015, respectivamente, en las que, declararon que, conocían

de vista, trato y comunicación a la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, que les constaba que esta convivía con el señor BUTOS, bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento, 05 de abril de 2015, durante 29 años, que procrearon una hija de nombre Laura María Bustos Vergara, mayor de edad y que la señora VERGARA, dependía del causante en todo lo necesario para su subsistencia. Milita a folio 41, registro de operación de Bancolombia del 31 de marzo de 2015, donde consta que la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, realizó el retiro de la pensión del causante, así como factura del 09 de febrero de 2015, de una tarjeta de crédito del Éxito, que figura a nombre del causante y la cual tiene dirección de correspondencia la calle 29 # 17-90 barrio Pasatiempo, en Montería - Córdoba, del mismo modo, factura de Electricaribe del 19 de agosto de 2016 y factura de la empresa Claro del 03 de julio de 2016, ambas con dirección calle 29 # 17-90 barrio Pasatiempo, en Montería – Córdoba, a nombre de la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO. (folios 42 a 44).

Por otra parte, en audiencia pública realizada el 24 de agosto de 2020, se presentó a rendir testimonio la señora GLORIA DEL CARMEN LACHARME ARTEGA, en la cual declaró bajo la gravedad de juramento que conoció a la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO y al señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), desde el año 1977, que comenzaron a convivir juntos desde el año 1986, a quienes visitaba con frecuencia, ya que, era vecina de estos y ellos también visitaban su vivienda, testificó que dicha convivencia se dio hasta el día del fallecimiento del causante. También declaro que conocía a la señora MYRIAM BUELVAS y a sus hijos, quienes con frecuencia visitaban a su padre en la casa de la señora GLADYS ESTHER VERGARA, dijo que el señor BUSTOS, murió de cáncer y la persona que lo cuido y acompaño en su enfermedad fue la aquí demandante. Que la información antes mencionada le consta porque era muy buena amiga de la pareja, tanto así que, el señor BUSTOS, era padrino de su hija. Que no tenia conocimiento si el fallecido, para el año 1986, también convivía con la señora MYRIAM BUELVAS.

Igualmente, en audiencia pública realizada el 24 de agosto de 2020, se presentó a rendir testimonio la señora ROSARIO VERGARA, declaró que es

amiga de la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, por más de 25 años, que la conoció desde el año 1986, que no sabe si el señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), tenía otra relación con la señora MYRIAM BUELVAS. Que la hija de la pareja, Laura, tiene 30 años y era amiga de su hija, porque vivían en el mismo barrio. Que sabe que la señora MYRIAM BUELVAS y el señor RAMIRO CARMELO, tuvieron hijos, que conoció a Vicky y a uno de sus nietos. Manifestó que la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO y el señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), vivieron juntos desde el año 1986, hasta el fallecimiento de este último, que conoció de la convivencia porque la casa de la suegra limita con la casa de la pareja, afirmó no saber nada del sustento económico del señor BUSTOS, pero creía que mantenía a la señora GLADYS, por que ella dejo de trabajar y no sabía si esta era pensionada. Que sabe que la hija de la señora GLADYS, es economista y laboraba en Confacor, pero no sabia si ella le colaboraba económicamente a su señora madre.

También, se escuchó el testimonio del señor RAFAEL BUSTO VUELBAS, hijo de la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), prueba decretada de oficio, quien manifestó que conoció a la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), desde que su padre se fue a vivir con ella, aproximadamente en el año 1986, que tuvieron una hija que se llama Laura, que cuando nació Laura, sus padres ya no vivían juntos, sin embargo, su padre visitaba a su señora madre 3 o 4 veces a la semana, ya que, no dejaron de ser amigos, que sus padres no hicieron ninguna separación legal, que no sabe su padre a quien reporto como beneficiaria de la pensión; finalmente, indicó que su padre murió de cáncer y que los últimos años de vida convivió con la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO. El señor RAFAEL, manifiesta que en el año 1986 o 1987, se fue a vivir a EEUU hasta 1991, que cuando salió del país no había nacido Laura, pues nació 3, 4 años después de que la señora GLADYS y su padre se fueron a vivir juntos.

Se decreto como prueba testimonial la declaración de la señora VICKY BUSTO VUELBAS, hija de la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), prueba decretada de oficio, quien declaró que sus padres dejaron de convivir en el

año 1986, que recuerda la fecha porque para esa época vivía en la casa de sus padres, con su esposo y estaba embarazada de su segundo hijo, indico que su padre tenía una relación clandestina con la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, con quien se fue a convivir y tuvieron una hija de nombre Laura, quien nación para el año 1991, cuando ya llevaban conviviendo aproximadamente 5 años; así mismo, expresó que sus padres no tuvieron mas vida marital, sin embargo, tenían una buena amistad. Expresó que su padre tenia afiliada a su madre como beneficiaria en salud; que en cuanto a la pensión, la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y su padre, hicieron un acuerdo para que les llegara en partes iguales a ellas, cuando este falleciera, pero no lo pudieron llevar a cabo por las demoras del sistema. Además, dijo que la relación de la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO y su señora madre no era buena, sino hasta después del nacimiento de Laura.

La señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, rindió interrogatorio de parte, expuso que conoció al señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), en enero del año 1986 y el 18 de agosto de la misma anualidad se fueron a vivir juntos, cuando el ya no convivía con la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), que todo el sustento económico lo brindaba el causante hasta la fecha de su fallecimiento, quien se pensionó en el año 1990, fecha en la que el dejo de trabajar. Manifestó la señora VERGARA, que ella se pensionó en el año 2018 y su hija Laura, le colaboraba económicamente. Así mismo, indicó que frente a la pensión del señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), llegó a un acuerdo con la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), para que a cada una le tocara el 50%. Por otra parte, adujo que el señor BUSTOS, dejo un documento en el que mencionaba que la pensión la dejaba 50% para la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y el otro 50% para ella, que desconoce de algún documento donde el señor BUSTOS, dejara el 100% de la pensión solamente a una de ellas. Declaró que la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y sus hijos visitaban al señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), hasta el lecho de su muerte.

Por otra parte, en el expediente administrativo del pensionado, reposa a folio 77, solicitud de traspaso de pensión del causante a CAJANAL, de fecha junio de 1990, en la que se evidencia que designo a la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), como beneficiaria de su pensión. Como también militan en dicho expediente comunicaciones del causante a CAJANAL del 25 de mayo de 1987, 06 de julio de 1988 y 16 de mayo de 1989, en las que referenció como dirección de residencia la calle 26 # 13-20 de Montería. Del mismo modo, existe un derecho de petición de fecha 20 de mayo de 2010, en el que se relaciona dirección calle 29 # 17-90 del barrio Pasatiempo de Montería.

De las anteriores pruebas, lo primero es señalar que todos los testigos concuerdan en afirmar que la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO y el señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D), tuvieron una relación como compañeros permanentes, de la cual procrearon una hija de nombre Laura María Bustos Vergara, quien nació en el año 1991. Es de resaltar que dentro de los testigos se encuentran los hijos del señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D) y la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), así que, una vez analizados los testimonios con las pruebas documentales, se encuentran algunas contradicciones sobre la fecha de inicio de la convivencia entre los antes mencionados, pues todos los testigos, al igual que los hechos presentados en la demanda aseveran que dicha relación inicio en el año 1986, no obstante, revisadas la pruebas documentales, se encuentra que el causante realizó varias solicitudes escritas ante CAJANAL, durante los años 1987 a 1990, en las cuales referenciaba como dirección la calle 26 # 13-20 de Montería, dirección diferente a la que aduce la demandante se llevó a cabo la convivencia con el causante; resalta también la solicitud del año 1990, donde el causante solicitó el traspaso de pensión a nombre de la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.); hechos que generan duda para esta colegiatura sobre la fecha de inicio de la convivencia, ya que, de haber iniciado en 1986, es ilógico que el causante solicitara el traslado de la pensión a nombre de la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.) y reportara como dirección de correspondencia una diferente a la de donde se encontraba viviendo.

Ahora bien, a pesar de existir contradicción entre las fechas relacionadas por los testigos y las pruebas documentales, con el inicio de la convivencia, no es menos cierto el hecho del nacimiento de la hija, de la aquí demandante y el causante Laura María Bustos Vergara en 1991, así como la documental del expediente administrativo del pensionado en el que reposa un derecho de petición de fecha 20 de mayo de 2010, dirigido a CAJANAL, en el que se relaciona la dirección calle 29 # 17-90 del barrio Pasatiempo de Montería, lugar que coincide con el domicilio reportado por la demandante donde aduce que convivio con el causante compartiendo techo, lecho y mesa, hechos que el A quo, bien hizo en tenerlos en cuenta pues no pueden ser ignorados, ya que, todos los testimonios y la mayoría de las pruebas documentales dan fe de que sin lugar a dudas existió una relación real y efectiva, basada en apoyo mutuo, económico y asistencia solidaria por más de 20 años, entre el causante y la demandante, como lo establece la sentencia CSJ SL, 2 mar. 1999, "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"*[2].

Ahora bien, frente a la convivencia conyugal, debe señalarse que, los señores RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.) y MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), contrajeron matrimonio, conforme se desprende del Registro Civil de Matrimonio del 17 de noviembre de 1957, allegado en el expediente administrativo a folio 54, sin que se advierta que respecto del mismo hubiese existido disolución, divorcio, en tanto que no se allegó ningún soporte de ello, ni tales documentos presentan alguna anotación marginal, hecho que también declararon los hijos de esta unión, quienes manifestaron bajo la gravedad de juramento que sus padres no realizaron el divorcio, que convivieron bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa hasta el año 1986, que después de la separación de cuerpos, su padre siguió pendiente de su señora madre y le aportaba económicamente. La señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, en interrogatorio de parte, también señaló que tenía conocimiento de que el

[2] CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.) y MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), eran esposos y habían convivido hasta antes de irse a vivir con ella

Pruebas antes relacionadas, que permiten concluir que el señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.) y la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), convivieron por mas de 25 años como cónyuges y no existiendo prueba de la que la sociedad conyugal se haya disuelto, se acredita la convivencia por más de 5 años en cualquier tiempo.

En esa medida y dado que no existe controversia respecto a los extremos de la convivencia con cada una, esto es, con la cónyuge y la compañera permanente, toda vez que se encuentra acreditado el requisito de convivencia exigido frente a cada una de estas, se concluye que en efecto resulta procedente el reconocimiento efectuado por el A quo al acreditar la convivencia entre el señor RAMIRO CARMELO BUSTOS BERROCAL (Q.E.P.D.) y MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), como cónyuges desde el 07 de noviembre de 1959, hasta el 17 de agosto de 1986, correspondiente a 26 años, 9 meses y 10 días, por lo tanto, le correspondía una pensión del 52.7%, de la prestación que recibía el causante, que a la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, quedó acreditado que convivió con el causante desde el 15 de marzo de 1991 hasta el 05 de abril de 2015, que equivalen a 24 años, 17 días, por lo tanto, le corresponde una proporción de la pensión del 47.3%. ahora bien, sobre el porcentaje correspondiente a la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), tiene derecho a la sustitución pensional a partir del 05 de abril de 2015 hasta el 10 de febrero de 2017, fecha de su deceso, derecho el cual se extingue a partir de dicha fecha y se aumenta el valor que le corresponde a la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO. Que el valor que le correspondía a la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), debe destinarse a la masa sucesoral cuyo proceso obra a folio 85.

En lo concerniente a la excepción de prescripción, cabe señalar, que el causante falleció el 05 de abril de 2015; la señora GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO, solicitó a la UGPP, la pensión de sobrevivientes el 15 de julio de 2015, la demanda la interpuso el 02 de septiembre de 2016, la

cual reposa a folio 50, lo que permite colegir que no trascurrió el término trienal consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Bajo las anteriores premisas, se procederá a confirmar la decisión del fallador de primera instancia.

Costas a cargo de la parte demandada atendiendo el resultado desfavorable del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLADYS ESTHER VERGARA OÑORO contra el FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES –UGPP- y la señora MYRIAM BUELVAS DE BUSTOS (Q.E.P.D.), conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES –UGPP. Inclúyase como agencias en derecho la suma de $1000.000.

Notifíquese y Cúmplase.
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad. 11001310502420190042l-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE - SUSTITUCION PENSIONAL (CÓNYUGE)

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuestos por las apoderadas de las partes en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **ISMENIA GOMEZ DE PACHON** identificada con **C.C. No. 20.321.668** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Liseth Dayana Galindo Pescador en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 79 a 81.

ANTECEDENTES

La apoderada de la parte demandante, pretende que se declare que la señora ISMENIA GÓMEZ DE PACHÓN es beneficiaria de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo Uriel Pachón (q.e.p.d.), en consecuencia se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a favor de la actora, así como el retroactivo pensional desde el 25 de agosto de 2013, igualmente se le debe pagar los intereses moratorios desde que las obligaciones se hicieron exigibles y hasta que se satisfaga.

Como fundamento de sus pretensiones relató, la señora ISMENIA GÓMEZ contrajo matrimonio con el señor Uriel Pachón el 6 de junio de 1964 en la ciudad de Bogotá, el cual fue registrado el 11 de enero

de 1990 en la Notaria 15 del Círculo de Bogotá, adecue que los esposos convivieron desde la fecha de su matrimonio, bajo el mismo techo y lecho en forma ininterrumpida hasta el día del fallecimiento, el señor Uriel Pacho falleció el 25 de agosto de 2013, quien recibía la pensión de vejez desde el año 1999.

Dentro de los hechos menciona que la señora ISMENIA GÓMEZ, solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente ante Colpensiones el 17 de octubre de 2013 bajo el radicado No.2013-7445038, la que se resuelve mediante Resolución No. GNR 144757 del 30 de mayo de 2014, negando el reconocimiento de la pensión de sobreviviente; la actora solicita en varias oportunidades el reconocimiento y pago de la precitada pensión las cuales se fueron negadas a través de las Resoluciones GNR 313952 del 13 de octubre de 2015; GNR 34901 del 2 de febrero de 2016; GNR 326740 del 2 de noviembre de 2016, en esta última se le indica que el causante se encontraba recibiendo mesada pensional de una persona diferente a la solicitante de la prestación económica y que dicha prestación económica se reconoció al comprobarse la convivencia por más de cinco años anteriores al fallecimiento a favor de la señora EDILMA MURILLO FLOREZ. Además, invoca que de las declaraciones extrajucio allegadas con la demanda se acredita la convivencia por más de 49 años entre la demandante y el causante, que de dicha convivencia procrearon 3 hijos, mayores de edad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**,** dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frentea los hechos e x p u s o no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES planteó las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada o genérica. (fls 34 a 42)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de mayo de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar

*"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora ISMENIA GÓMEZ DE PACHON es beneficiaria de la sustitución pensional por ocasión de la muerte del señor URIEL PACHÓN a partir del 25 de agosto de 2013.*

***SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE** la excepción de PRESCRIPCIÓN respecto de todas las mesadas causadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2015.*

.

***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora ISMENIA GÓMEZ DE PACHÓN a partir del 14 de diciembre de 2015, junto*

con los reajustes a que hay lugar.

***CUARTO**: **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar los respectivos descuentos en favor del Sistema General en Salud sobre el retroactivo ordenado, conforme a lo considerado.*

***QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demandas (sic) pretensiones de la demanda.*

***SEXTO**: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EN COSTAS a favor de la parte demandante, para lo cual se estiman como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.*

***SÉPTIMO**: En el evento que COLPENSIONES no interponga recurso de APELACIÓN, remítase a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

*El Juzgado adiciona **NUMERAL TERCERO** reconocer a la demandante las mesadas causadas a partir del 14 de diciembre de 2015 hasta que sea incluida en la nómina la demandante y se efectúe el pago junto con los reajustes valores que deberán ser debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión."*

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la anterior determinación, la apoderada de la demandante, formulo recurso de apelación el que fundamento en que se debe modificar el fallo de instancia en cuanto a la fecha de inicio de la mesada pensional, ya que se debe tener en cuenta la última fecha en que se radico la petición de reconocimiento de la sustitución pensional siendo el 13 de octubre del 2016, con la que se interrumpe el término prescriptivo. Además, señala que no está conforme con la negación de los intereses moratorios, ya que en 4 oportunidades se pidió el reconocimiento de la sustitución pensional ante la entidad demandada, conllevando que sea viable el reconocimiento de la tal prestación económica.

Ahora, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada, la sentencia emitida por el A- quo desconoció que el derecho se le negó a la demandante bajo el imperio de la ley, teniendo en cuenta que al momento del reconocimiento pensional la misma no demostró el requisito de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo con el causante, de acuerdo al trámite administrativo que ellos realizaron, ya que sólo acreditó el vínculo matrimonial; con relación a la excepción de prescripción manifiesta que se debe reconocer desde el 28 de junio de 2016, y no como lo indico la juzgado de instancia desde el 14 de diciembre de 2015, pues es de tenerse presente que la demanda se presentó el 28 de junio de 2019, y desde ahí es que se debe contabilizar el término prescriptivo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, la apoderada de la parte demandante insistió en que se revoque parcialmente la sentencia ya que conforme a los soportes

probatorios obrantes en el expediente queda más que demostrado que la demandante interrumpió el termino prescriptivo con la radicación de la última solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional en fecha 13 de octubre de 2016, en tanto se radico la demanda dentro de los 3 años siguientes esto fue el 27 de junio de 2019, por lo cual debió reconocérsele el retroactivo pensional a partir del 13 de octubre de 2013, teniendo en cuenta esto ante la mora en el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a que tiene derecho, dimana la obligación del reconocimiento de los intereses moratorios solicitados, máxime cuando Colpensiones ha sido renuente o reticente con la concesión del derecho pensional.
Entre tanto, Colpensiones, solicitó su exoneración dado que en el caso particular se tiene, que una vez revisado el expediente administrativo y en especial las diferentes resoluciones mediante las cuales la entidad le negó el reconocimiento a la demandante, en especial la Resolución GNR 326740 de 02 de noviembre de 2016, se observa lo siguiente: el causante percibía pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiario de la señora EDILMA MURIILO FLOREZ, en todo caso, al demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se contaba, no solo con sustento normativo sino también con sustento jurisprudencial para negar el reconocimiento y pago a la sustitución pensional.

CONSIDERACIONES

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con la extensa documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que al señor URIEL PACHÓN (Q.E.P.D.), le fue concedida la pensión de vejez por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como el hecho de su fallecimiento, el 25 de agosto de 2013, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *"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 de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes 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;*
>
> *b) (…)*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo,*

dicha pensión de dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.
En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o 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."*** *(negrillas fuera de texto y corresponde a la parte de la norma analizada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 declarándolo exequible condicionalmente en el entendido que además del esposo o la esposa, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido)."(…)*

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años en cualquier tiempo si es con la cónyuge y existe separación de hecho.

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará si hay lugar al derecho de la pensión sustitutiva, como cónyuge supérstite, con ocasión del fallecimiento del señor URIEL PACHÓN (Q.E.P.D.), si se debe pagar los intereses moratorios y que se condene el pago de las costas del proceso a la demandada.

Que analizado el material probatorio en todo su conjunto y requisitos que estimó el A quo determinando que la demandante acredito la convivencia requerida para el efecto, conforme lo preceptuado en las normas transcriptas en líneas, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, dan cuenta no sólo de que la pareja mantuvo un vínculo matrimonial vigente desde la fecha de la ceremonia y hasta el fallecimiento del pensionado, sino de su efectiva convivencia por tiempo superior a cinco años, tal y como lo precisaron todos y cada uno de los testigos al coincidir en que a pareja vivía en el mismo bien inmueble, sin que desvirtuaran la ayuda mutua que se prestaron, es claro que no desvirtuó dicha convivencia, pues cada uno de los testigos expusieron que conocieron de vista y trato a los esposos Pachón Gómez, de suerte que tales declaraciones lejos de mostrarse provocadas y contradictorias fueron espontáneas y veraces en relación con lo sucedido, sobre todo con la relación de esposos, y sin que se configurara un periodo de separación para que de modo alguno afectara el término previsto en la ley.

En este punto conviene precisar que el trabajo de campo realizado por COLPENSIONES al que hace relación en sus distintas resoluciones y que fue el fundamento de la negativa para otorgar el derecho pensional a la señora ISMENIA, mal puede negar la efectiva convivencia aquí demostrada. Y es que debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba en este tipo de asuntos se encuentra a cargo de la entidad demandada para este caso COLPENSIONES, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión.

Así las cosas, al encontrarse acreditada la convivencia efectiva y real de la demandante con el causante[1] entre el 6 de junio de 1964 y hasta **25 de agosto de 2013**, a más de la permanencia de su vínculo matrimonial sin que se perdieran lo efectos civiles del mismo, ya que de la documental obrante a folios 15 del plenario no se advierte nota alguna al marque de cesación de efectos civiles.

DEL FENOMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

En primer lugar, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo en las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En este orden de ideas, se advierte que la excepción en comento esta llamada a prosperar, ya que la fecha del fallecimiento del causante acaeció el 25 de agosto de 2013, y la demandante realizó varias peticiones de reconocimiento y pago de la prestación económica pre aludida, siendo última reclamación ante COLPENSIONES por concepto de la pensión de sobreviviente el 13 de octubre de 2016, resuelta mediante Resolución GNR 326740 del 2 de noviembre de 2016; y la presentación de la demanda se efectúo hasta el 27 de junio de 2019, como se evidencia en el acta de reparto visible a folio 30 del plenario; superando el término trienal en que prescriben los derechos laborales, motivo por el cual se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con la anterioridad al 14 de diciembre de 2015, pues se tiene que el término prescriptivo trienal se interrumpe por una sola vez, principiándose a contarse nuevamente por un lapso igual, y dado que las mesadas pensionales no fueron reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en concordancia con lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST son prescriptibles, es por lo que habrá de confirmase la sentencia de primera instancia.

DE LOS INETRESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación

[1] Recuérdese que conforme a los principios de libre formación del convencimiento y de persuasión racional, el juez en asuntos del trabajo y de la seguridad social goza de libertad para apreciar, analizar y preferir las pruebas que le resulten más convincentes, pues no está sometido a la tarifa legal, salvo que se trate de hechos cuya acreditación requiera de prueba solemne pues, en tal caso no se admitirá otro medio diferente. Así lo tiene definido de antaño esta Corporación, en línea pacífica, no modificada y recientemente reiterada entre otras en la sentencia CSJ SL223-2020, en la que adoctrinó: *"De todos modos, lo que hizo el ad quem fue darle mayor preponderancia a la apreciación conjunta de los demás medios de convicción, libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues si bien el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le impone a los juzgadores de instancia la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo es que están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción, sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, evento en el cual «no se podrá admitir su prueba por otro medio» situación que no acontece en el sub lite. En este punto, cabe recordar que conforme al artículo 61 ibidem, los jueces de instancia gozan de la facultad de analizar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad, salvo que, como se dijo, sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia. Luego, la Corte no puede invadir y contraponer su propio criterio valorativo al de los juzgadores, pues de hacerlo, incurriría en una violación al ámbito de libertad de apreciación que el orden jurídico les otorga.*" (CSJ sentencia SL 589-2020 del 26 de febrero de 2020, radicado 75490 M.P Dra Jimena Isabel Godoy Fajardo)

de pago, y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, establece el plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace en el término indicado, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo cuando la decisión de la entidad encuentre plena justificación, bien porque tenga respaldo normativo, porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir (CSJ SL787-2013, rad.43602 del 6 de noviembre de 2013).

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacifica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que la demandante ha estado privada de su derecho a la sustitución pensional, durante el tiempo que injustificadamente la demandada ha demorado el reconocimiento con el argumento de la constitución en mora y el no cumplimiento de los requisitos, desconociendo con tal proceder, la jurisprudencia anteriormente citada, debiendo revocarse la decisión del juzgado de primera instancia, y en consecuencia condenar a la entidad demandada al pago de los interese moratorios desde el 14 de marzo de 2015 y hasta cuando se cancele el retroactivo.

Sin más consideraciones, se revoca el numeral 5 y se confirma en lo demás la sentencia objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5 de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios desde el 14 de diciembre de 2015 y hasta cuando se cancele el retroactivo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ISMENIA GÓMEZ DE PACHÓN, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte

motivan de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia y se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502620190044501

En Bogotá D.C., hoy 31 de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Doctores. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de Sobrevivientes - Requisito convivencia (valoración probatoria).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) laboral del circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

ANTECEDENTES

MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO, promueve demanda en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en procura de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente desde el fallecimiento de su cónyuge, el señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), acaecido el 12 de diciembre de 2018, junto con el pago de los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio civil con el señor GRISELDINO PRADO SOLANO

(Q.E.P.D) en el año 2014, que de dicha unión no se procrearon hijos, el término de convivencia se mantuvo desde el año 2013 hasta el 12 de diciembre de 2018, fecha del deceso del cónyuge; que desde el año 2013, mantuvieron una convivencia permanente e ininterrumpida en la cual compartieron techo, mesa y lecho, resultado de un amor responsable, de ayuda mutua, apoyo económico, asistencia solidaria y acompañamiento espiritual; que el 10 de enero de 2014, contrajeron matrimonio católico; que a partir del 28 de noviembre de 1991, el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, le reconoció y pagó una pensión de jubilación al señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), quien falleció el día 12 de diciembre del 2018, y a ella le negó el reconocimiento y pago de la pensión como sobreviviente, mediante resolución 1558 del 05 de julio de 2019 (Fls 17-20 del expediente).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en terminó dio contestación mediante escrito de folios 25 al 31, en donde se opuso a la totalidad de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la calidad de pensionado, la fecha de reconocimiento de la pensión, la fecha de fallecimiento del causante, la calidad de cónyuges de la demandante y aquél y la resolución que le negó a ella el derecho, negando los demás o manifestando no constarle; y propuso las excepciones de la buena fe y confianza legitima, presunción de legalidad y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De acuerdo al contenido del audio allegado, el cual corresponde al acta diligenciada, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 16 de marzo de 2021, dispuso:

> *"**PRIMERO: ABOLVER** al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por parte de la señora* MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO, conforme a la parte motiva de esta providencia.
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la demandante, se fija como agencias en derecho la suma de seis cientos mil pesos ($600.000) mcte.*
>
> ***TERCERO: CONSULTESE** con el superior la presente sentencia en caso de no ser apelada.*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la señora MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para que sea revocada en su integridad y en su lugar se acceda a sus pretensiones al encontrarse acreditado que el señor GRISELDINO (Q.E.P.D), al momento de su muerte ostentaba la calidad de pensionado, y si bien había contraído matrimonio con la demandante el 10 de enero de 2014, lo cierto es, que entre ellos existió una convivencia marital por más de cinco años anteriores a su deceso, conforme los requisitos de los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003. Lo anterior, de acuerdo a la documental adosada con la demanda, así como el contenido de la hoja de vida del señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), se halla demostrado que aquél enviudó el 14 de agosto del 2012, por ser la fecha correcta en la que su esposa María Linda Cortés falleció, por lo que jamás se registró una convivencia simultánea de él con María Cortés, - su primera esposa- y con la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO - su segunda esposa -, como se acredita con la declaración extra proceso rendida ante la entidad demandada de agosto de 2017, en la que el mismo causante fue tajante en advertir que registraba una convivencia de lecho, techo y mesa con la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, desde el 10 de enero de 2013; además, las declaraciones extra proceso de los señores Alberto Torres y Pedro Vicente Moreno, fueron debidamente ratificadas en este proceso con sus testimonios en los que indicaron que les constaba que la pareja convivió desde junio de 2013, lo cual, recordaban porque ese día se celebró el día de la familia de los pensionados ferroviarios en el municipio de Chiquinquirá, evento en el que el causante presentó a la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, como su pareja, relación que fue pública y permanente en el municipio de Chiquinquirá.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Concedido el término de ley ninguna de las partes presento alegaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se circunscribe a determinar si la demandante acreditó en debida forma la convivencia con el causante por un término no

inferior a los 5 años en cualquier tiempo y, por tanto, si le asiste o no derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, en caso afirmativo, si hay lugar a disponer el reconocimiento y pago de la misma, con especial énfasis en la valoración probatoria.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución 1302 del 16 de noviembre de 1980, le fue concedida al señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), pensión de jubilación por el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 12 de diciembre de 2018, por lo que el derecho de la sustitución pensional debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así, tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *(…) "Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente*

artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

Normatividad de la que fácil es deducir que lo que se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*". Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, a fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la aludida convivencia, se adentra la Sala al análisis de las pruebas recaudadas en primera instancia.

En tal sentido, se encuentran en el expediente a folio 11, acta de matrimonio celebrada el 10 de enero de 2014, entre la aquí demandante y el causante, en la que no se advierte nota al margen de alguna disolución o separación.
Vínculo matrimonial que perduro hasta el 12 de diciembre de 2018, día del fallecimiento del causante y habiendo transcurrido, 4 años, 11 meses y 2 días.

También reposa en el expediente administrativo del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, dos

declaraciones extra juicio, aportadas por el causante, a folios AG75 y AG97, en las que se lee:

1. Declaración del 27 de junio de 2014, en la que manifiesta que, convivió en unión marital de hecho desde el 05 de enero de 2010, hasta el 09 de enero de 2014, con la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, quienes contrajeron matrimonio el 10 de enero de 2014.

2. Declaración del 17 agosto de 2017, en la que certifica que, convivió con la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, desde el 10 de enero de 2013.

Declaraciones juramentadas que si bien, *prima facie,* resultan contradictorias en cuanto a la fecha en la que la pareja conformada por el señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D) y la aquí demandante comenzaron su convivencia (ya que mientras en la primera refiere que fue desde enero de 2010, en la otra dice que fue a partir de enero de 2013), no dejan duda alguna en lo atinente al propósito y/o finalidad de su creación, esto es, que el anhelo principal del causante no era otro distinto al de poner en conocimiento del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, que con antelación a la fecha de celebración de su segundo matrimonio, existió una relación sentimental y de convivencia real y efectiva con la aquí demandante.

A la par, se encuentra en el expediente administrativo a folio AG74, Registro Civil de Defunción, en el que consta que la primera esposa del causante, la señora MARÍA CORTES DEL PRADO, falleció el 14 de agosto de 2012.

Por otra parte, los señores Alberto Torres, Ana Julia Cortes Villamil y Pedro Vicente Moreno, testificaron conocer a la pareja desde el año 2013, quienes convivían juntos, testimonios que se relacionan a continuación.

Testimonio del señor Alberto Torres, quien manifestó conocer a la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, porque era amigo del señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), con quien trabajó en la estación de Chiquinquirá; además, indicó ser el presidente de la subdirectiva de pensionados de Chiquinquirá, que, por lo tanto, el señor GRISELDINO (Q.E.P.D), frecuentaba la oficina con la señora BURGOS. Testificó el señor Alberto Torres, que, en junio del año 2013, el señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), en una reunión del día de la familia llegó con la señora PRISILA, a quien presentó como su compañera y les dijo a todos los presentes que convivía con ella. Por otra parte, el señor Alberto Torres, recalcó, que se encontraba frecuentemente al señor GRISELDINO

(Q.E.P.D), en el banco y en el servicio medico, quien siempre estaba en compañía de la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO. Finalmente, dice el testigo que en una oportunidad el señor GRISELDINO (Q.E.P.D), le manifestó que ya se había casado y que ahora si tenia los papeles para dejarle la pensión a su esposa PRISILA, que, por lo tanto, le llevo los documentos a la oficina al señor Alberto Torres y, que este último, fue quien los radicó en el Fondo, como también le ayudo a tramitar la afiliación a salud de la señora PRISILA, como beneficiaria del señor GRISELDINO (Q.E.P.D).

Testimonio de la señora Ana Julia Cortes Villamil, quien declaró conocer a la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, desde el 01 de junio de 2013, porque el esposo de esta, es decir el señor GRISELDINO (Q.E.P.D), la llevo a una reunión de compañeros del Fondo de Pensionados Ferrovial, la testigo también indicó que, es esposa del señor Alberto Torres, quien es el presidente de dicho Fondo; que veía a la pareja con frecuencia, pues se los encontraba en la oficina de su esposo, en el medico o cuando iban a cobrar la pensión. Indica que la pareja convivió en la misma casa hasta el día del fallecimiento del señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D) y que la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, dependía económicamente de su esposo. Por otra parte, ante las preguntas realizadas por la juez a la testigo Ana Julia Cortes Villamil, sobre las fechas exactas en que se realizó la celebración del día de la familia en los años 2014, 2015 y 2016, esta respondió, que el día de la familia se celebra en diferentes fechas cada año y que la fecha del año 2013, la tenia presente porque cuando la citaron a rendir testimonio, ella busco la fecha para estar preparada.

Testimonio del señor Pedro Vicente Moreno, indicó que conoció a la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, el 17 de junio del 2013, cuando fue a trabajar a Prados de Sur, a una casa que tenían ellos, que trabajo alrededor de 2 semanas haciendo arreglos de pintura, pañete, goteras y piso, que recuerda la fecha porque la misma se coloca normalmente cuando se realizan contratos, sin embargo, dijo que en para ese trabajo no se suscribió contrato. Continuó manifestando que posterior a esto, continúo viendo a la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, por que vendieron esa casa y compraron una cerca donde él vivía, por eso se encontraba a la pareja frecuentemente en la calle y que a la nueva casa fue a realizar varios arreglos en el año 2014, en distintos momentos; también indica que frecuentaba la casa de la pareja, porque en varias ocasiones lo invitaron a compartir algo de tomar. Igualmente, manifestó en su testimonio que, le consta que la pareja conformada por el señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D) y la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, convivió hasta el día de fallecimiento del señor GRISELDINO (Q.E.P.D).

Pruebas todas ellas que analizadas en su conjunto permiten concluir, como bien lo sostiene la censura, que en efecto la pareja conformada por GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D) y MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, sostuvo una relación de convivencia, por lo menos, desde el mes de enero del año 2013, pues de ello dio cuenta no sólo la última declaración que en vida efectuó el pensionado, sino que la misma fue corroborada por los distintos testigos que comparecieron a este juicio, al punto que quienes lo vieron para el mes de junio de esa anualidad -cuando se llevó a cabo la reunión de integración de los pensionados ferroviarios en el municipio de Chiquinquirá-, fueron coincidentes que para ese entonces ellos dos ya convivían, pues así se los hizo saber el propio causante, cuando les presentó a la señora BURGOS RONCANCIO como su "señora"; declaraciones que lejos de mostrarse preparadas, para esta Sala sí brindan certeza de su dicho, ya que, además de dar cuenta de la forma cómo obtuvieron el conocimiento (a través de reparaciones en la casa o una integración), informan sobre otras condiciones de tiempo, modo y lugar de esas situación, lo que de suyo excluye que debieran ser contradictorias unas de otras sobre la fecha y la forma en la que conocieron a la señora demandante, máxime cuando no fueron tachadas por sospechosas.

Entonces, como las pruebas no deben ser analizadas de manera aislada sino en todo su conjunto, en tratándose de las declaraciones juramentadas rendidas por el pensionado en vida, cualquier contradicción entre ellas quedó plenamente superada al contrastarlas con los demás elementos probatorios, en orden a lo cual es dable afirmar que existen pruebas suficientes que acreditan la relación marital existente entre la promotora de esta actuación y el causante antes de que contrajeran matrimonio, toda vez que los testimonios refuerzan la declaración rendida por el causante del 17 agosto de 2017, en la que afirmó bajo la gravedad de juramento, que convivió con la señora MARÍA PRISILA BURGOS RONCANCIO, desde el 10 de enero de 2013.

Convivencia extramatrimonial que debe sumarse para efectos del cómputo del requisito de los cinco (5) años de convivencia a la que compartió la pareja con posterioridad a sus nupcias, en la medida que lo que prima es el tiempo de convivencia, sin importar el tipo de vinculo jurídico que liga a ambas personas, evidenciándose así que la demandante fue primero compañera permanente del causante desde el 10 de enero de 2013 y luego cónyuge, desde el 10 de enero de 2014, hasta el 18 de diciembre de 2018, fecha del deceso del señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), tal y como se puntualizó en la sentencia SL8294-2014, de la CSJ, MP. Carlos Ernesto Molina Monsalve, del 7 de mayo de 2014, al señalar que:

(…) "Examinando el caso puesto en esta oportunidad a consideración

de la Corte como tribunal de instancia, es un hecho que la demandante fue primero compañera permanente del causante, como lo corrobora la prueba testimonial en el plenario (fls. 32-25 del c. principal), durante 27 años, hasta el 8 de marzo de 2001, fecha en que se unió con él en matrimonio civil (fls. 16). Esta última unión subsistió hasta la muerte de aquel, acaecida el 28 de mayo de 2004.

El literal a) del antes descrito art. 47 de la L. 100/1993, señala que, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por causa de 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 con anterioridad a su muerte». La norma, literalmente, exige entonces dos requisitos para el reconocimiento de la prestación: que el causante y el (la) supérstite hayan hecho vida marital y hayan convivido al menos en los últimos cinco años antes del deceso del primero.

Pero nótese que el precepto legal aludido no exige que ambos requisitos se hayan reunido, de manera excluyente, como cónyuges o como compañeros permanentes. Es decir, que la vida marital y la convivencia durante cinco años previos a la muerte del causante se hayan verificado solo como esposos o solo como compañeros permanentes. La norma exige los dos requisitos, independientemente del tipo de vínculo que haya existido entre ambos. Por manera que ellos pudieron darse sucesivamente, durante una unión de hecho y luego durante el matrimonio entre ambas personas. Y la circunstancia de que la vida marital y la convivencia se hayan realizado en parte como compañeros permanentes y en parte como cónyuges, en nada afecta la validez de tales requisitos para reclamar la pensión de sobrevivientes. Sostener lo contrario sería un contrasentido a la luz de la Constitución y de los principios que informan la seguridad social. Lo que prima es la vida marital o convivencia, independientemente del tipo de vínculo jurídico que ligue a ambas personas, pues cualquiera que sea éste, lo que debe acreditarse es la vida marital o convivencia con el ánimo de constituir pareja y familia, tener complementariedad, socorro y ayuda mutua y abordar juntos las vicisitudes de la vida, en el lapso de tiempo que la norma establece.

En este caso, la demandante y el causante fueron primero compañeros permanentes durante 27 años, luego, sin solución de continuidad, se unieron en matrimonio civil, que subsistió durante tres años, un mes y veinte días siguientes, hasta la muerte del señor Ubárnez Gómez. Por ello, la vida marital o convivencia durante los cinco años anteriores al deceso de éste, se dieron en la forma exigida por la ley, independientemente de que se hubieran dado una parte como compañeros permanentes y otra como cónyuges, en tanto fueron sucesivas en dicho lapso." (…)

Así las cosas, al encontrarse acreditada la convivencia efectiva y real de la demandante con el causante[1] a partir del 10 de enero de 2013 y hasta el 10 de enero de 2014, momento para el cual contrajeron matrimonio, el que duro hasta el 12 de diciembre de 2018, fecha del fallecimiento del causante, en lo que se advierte que la convivencia corresponde a un total de tiempo cohabitado de 5 años 11 meses y 2 días, siendo entonces lo procedente revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar, reconocer la sustitución pensional a favor de la señora MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO, a partir del 18 de diciembre de 2018, en un 100% de la pensión del señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D).

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Enseña el artículo 141 de la ley 100 de 1993:

*"**INTERESES DE MORA.** 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*

[1] Recuérdese que conforme a los principios de libre formación del convencimiento y de persuasión racional, el juez en asuntos del trabajo y de la seguridad social goza de libertad para apreciar, analizar y preferir las pruebas que le resulten más convincentes, pues no está sometido a la tarifa legal, salvo que se trate de hechos cuya acreditación requiera de prueba solemne pues, en tal caso no se admitirá otro medio diferente. Así lo tiene definido de antaño esta Corporación, en línea pacífica, no modificada y recientemente reiterada entre otras en la sentencia CSJ SL223-2020, en la que adoctrinó: *"De todos modos, lo que hizo el ad quem fue darle mayor preponderancia a la apreciación conjunta de los demás medios de convicción, libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues si bien el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le impone a los juzgadores de instancia la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo es que están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción, sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, evento en el cual «no se podrá admitir su prueba por otro medio» situación que no acontece en el sub lite. En este punto, cabe recordar que conforme al artículo 61 ibidem, los jueces de instancia gozan de la facultad de analizar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad, salvo que, como se dijo, sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia. Luego, la Corte no puede invadir y contraponer su propio criterio valorativo al de los juzgadores, pues de hacerlo, incurriría en una violación al ámbito de libertad de apreciación que el orden jurídico les otorga."* (CSJ sentencia SL 589-2020 del 26 de febrero de 2020, radicado 75490 M.P Dra Jimena Isabel Godoy Fajardo)

máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago."

El ordenamiento en cita prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma, según lo ha explicado dicha Corporación, entre otras, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012[2].

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, hay lugar a su imposición por cuanto no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el demandante estuvo privado de su derecho a la pensión durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento, quien fundó su negativa para el otorgamiento de la pensión en que, no acreditó en debida forma la convivencia con el causante por un término no inferior a los 5 años en cualquier tiempo que, como quedó visto, dicho termino si se cumplió de acuerdo a las pruebas documentales y testimoniales obrantes en el expediente.

De tal suerte, como quiera que la reclamación de sustitución pensional fue elevada el 20 de diciembre de 2018 (fl 124 del expediente administrativo), desde esa fecha el Fondo contaba con dos (2) meses para resolver la solicitud pensional, sin embargo, de acuerdo a la documental que reposa a folios 17 a 20, dio contestación negativa el 5 de julio de 2019,

[2] La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

incurriendo así en una tardanza, a todas luces, injustificada en el reconocimiento pensional, lo cual da lugar a su condena a partir del 20 de febrero de 2019, sobre las mesadas causadas y no pagadas y hasta que se verifique su inclusión efectiva en nómina de pensionados.

En suma, las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde el 12 de diciembre de 2018 y en adelante, deberán ser pagadas con los incrementos legales anuales establecidos por el Gobierno Nacional, así como con los correspondientes intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos últimos causados a su vez desde el 20 de febrero de 2019 y hasta que se verifique el pago de las mesadas adeudadas.

DE LAS COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada ante el resultado desfavorable a sus intereses en el recurso de apelación. La absolución de primera instancia se revoca para en su lugar imponer costas también a la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) laboral del Circuito de Bogotá de fecha 16 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para en su lugar reconocer la sustitución pensional a favor de la señora MARIA PRISILA BURGOS RONCANCIO a partir del 12 de diciembre de 2018 en un 100% de la pensión del señor GRISELDINO PRADO SOLANO (Q.E.P.D), por las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 20 de febrero de 2019, sobre las mesadas pensionales debidas y hasta que se verifique su pago efectivo con la respectiva inclusión en nómina.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de $1.000.000. Las de primera instancia se revocan y en su lugar se fijan a cargo de la demandada.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,



GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad.
11001310503020190063 6-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE - Sustitución Pensional (Compañero Permanente)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR en contra de **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado sustituto de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a la Doctora María Alejandra Barragán Coava

ANTECEDENTES

El apoderado de la parte demandante, pretende que el UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, reconozca como beneficiario de la pensión de sobrevivientes a el señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, en calidad de compañero permanente del señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), en razón a el fallecimiento de este y que se conde al pago de las mesadas pensionales desde la fecha del fallecimiento del causante, al pago de los intereses moratorios de acuerdo al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y al reconocimiento y pago de las agencias en derecho y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, que, el señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), falleció el 19 de octubre de 2016, a quien mediante resolución No. 4256 del 12 de junio de 1983, se le otorgo la Pensión de Jubilación. Así mismo, manifestó que, el poderdante fue compañero permanente del señor ALONSO, que convivieron desde el año 2000, hasta la fecha del fallecimiento del causante, que, desde el inicio de la relación sentimental, siempre contó con el ideal de conformar un grupo familiar con vocación de estabilidad, así mismo, agregó que siempre existió la ayuda mutua y que durante 16 años de convivencia compartieron techo, cama y lecho (sic), que el 09 marzo de 2018, solicitó ante la UGPP, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor CANO, solicitud que fue negada por la entidad mediante resolución No. RDP 023748 del 22 de junio de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, el UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, no se pronunció al respecto, sin embargo, en la audiencia del 24 de marzo de 2021, la apoderada de la entidad frente a los hechos los negó en su mayoría, salvo los relacionados con que el señor CANO, era pensionado desde el 12 de junio de 1983, que falleció el 19 de octubre de 2016, que la encargada de pagar la mesada pensional era la UGPP, que el señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, solicitó ante la entidad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 09 de marzo de 2018, y que se agotaron todos los tramites administrativos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar

*"**RESUELVE: ABSOLVER** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR.*

***SEGUNDO: CONDENAR** en costas al señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, con base en lo dispuesto en el artículo 365 del C.G del P. En consecuencia, en la oportunidad procesal por Secretaría inclúyase en el acto de liquidación la cantidad $600.000, a favor de la demandada UGPP, por concepto de agencias en derecho*

***TERCERO: CONSULTESE** la presente decisión ante la Sala Laboral Del Honorable Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá."*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada, por considerar que, si se encuentra acreditado en el plenario el tiempo de convivencia superior a 5 años, exigidos por la ley, para efectos del reconocimiento del derecho pensional, aduciendo que es claro que en las pruebas tanto documentales como testimoniales se demuestra que la convivencia fue superior a 5 años entre el demandante y el causante, que la misma siempre tuvo vocación de permanencia y de ayuda mutua, a pesar del distanciamiento por problemas de salud del causante y el hecho de que el demandante estuviere privado de la libertad durante los últimos años de vida de su compañero permanente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, el apoderado de la parte demandante insistió en que se acceda a cada una de las pretensiones de la demanda, conforme al libelo demandatorio, las pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso, que permiten deducir el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para que el señor José Luis Acevedo, acceda a la pensión de sobrevivientes, como compañero permanente del señor Alonos Cano Betancur. Entre tanto, la UGPP, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que la decisión se encuentra totalmente ajustada en derecho, en donde se evidencia que no le asiste la razón a la parte actora dado que no se demostró el requisito DINE QUA NON para acceder a la pensión de sobrevivientes, el cual es acreditar 5 años de convivencia con el causante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se circunscribe a determinar si el demandante acreditó en debida forma su convivencia con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte y, por tanto, le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, con especial énfasis en la valoración probatoria.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

Con la extensa documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que al señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), le fue concedida la pensión de jubilación el 12 de junio de 1983, así como el hecho de su fallecimiento, el 19 de octubre de 2016, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así, tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> (…) "*Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a)." (…)*

Ordenamiento del que fácil es deducir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*"[1]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y fisico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar al derecho de la pensión sustitutiva a favor del señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, como compañero permanente del señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), con ocasión de su fallecimiento.

VALORACION PROBATORIA

Conforme la valoración de las pruebas aportadas al plenario[2], debe establecer

---

[2] Recuérdese que conforme a los principios de libre formación del convencimiento y de persuasión racional, el juez

la Sala, que llevó al a quo de primera instancia a absolver a la entidad demandada, dado que para esta no se cumplió con el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, que se exige la norma mencionada.

Que analizado el material probatorio en todo su conjunto y requisitos que estimó el A quo, determinó que, el demandante no acredito la convivencia requerida para el efecto, conforme lo preceptuado en las normas transcritas en líneas, pues no se demostró una convivencia ininterrumpida por un lapso no menor a 5 años con anterioridad a la muerte del pensionado; dado que dentro de la declaración extra juicio, que milita a folio 19, el convocante afirmó que convivió con el causante durante el termino de 16 años ininterrumpidos contados a partir del 02 de febrero del 2000, hasta el fallecimiento del señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), contrario a esta prueba, en la declaración de interrogatorio de parte, realizada en audiencia del 24 de marzo de 2021, afirmó que la relación de pareja inicio en el año 2002, que convivieron en la residencia del demandante, que para el año 2009, se encontraban ocasionalmente en un apartamento alquilado, ya que, los familiares del causante llegaron a habitar la residencia de este último, quienes moralmente no percibían bien la relación, situación que genera una contradicción, dado que seguidamente y ante la reiterada pregunta de la apoderada de la parte demandada, sobre cuál era específicamente el lugar de residencia de la pareja, este aseguró que era la residencia del causante. La anterior situación genera dudas sobre la veracidad de las declaraciones del demandante, al vislumbrar que no tuvo claridad en el tiempo de convivencia y en el lugar donde esta se desarrolló.

Ahora bien, militan en el expediente a folios 20 a 22 las declaraciones extra juicio de los señores Obed de Jesús González Ospina, Edwin Alberto Vinasco Naranjo y Olga de Jesús Salazar Cárdenas, en las que todas concuerdan en que la pareja convivió durante el termino de 11 años hasta el fallecimiento del señor CANO; Además, afirmaron que el causante, visitaba constantemente al convocante en el sitio donde se encontraba recluido. También, aseguran que el lugar de residencia de la pareja era la casa donde convivía el demandante con su progenitora. Por otra parte, reposan en el expediente los testimonios llevados a cabo en audiencia del 24 de

---

en asuntos del trabajo y de la seguridad social goza de libertad para apreciar, analizar y preferir las pruebas que le resulten más convincentes, pues no está sometido a la tarifa legal, salvo que se trate de hechos cuya acreditación requiera de prueba solemne pues, en tal caso no se admitirá otro medio diferente. Así lo tiene definido de antaño esta Corporación, en línea pacífica, no modificada y recientemente reiterada entre otras en la sentencia CSJ SL223-2020, en la que adoctrinó: *"De todos modos, lo que hizo el ad quem fue darle mayor preponderancia a la apreciación conjunta de los demás medios de convicción, libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues si bien el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le impone a los juzgadores de instancia la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo es que están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción, sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, evento en el cual «no se podrá admitir su prueba por otro medio» situación que no acontece en el sub lite. En este punto, cabe recordar que conforme al artículo 61 ibidem, los jueces de instancia gozan de la facultad de analizar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad, salvo que, como se dijo, sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia. Luego, la Corte no puede invadir y contraponer su propio criterio valorativo al de los juzgadores, pues de hacerlo, incurriría en una violación al ámbito de libertad de apreciación que el orden jurídico les otorga.*" (CSJ sentencia SL 589-2020 del 26 de febrero de 2020, radicado 75490 M.P Dra Jimena Isabel Godoy Fajardo)

marzo de 2021, de los señores Obed de Jesús González Ospina y Olga de Jesús Salazar Cárdenas, donde los testigos al ser interrogados sobre el lugar de residencia de la pareja, no fueron claros, pues manifiestan que el señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), vivía en una casa de su propiedad y convivía con una hermana y que el señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, vivía en una casa en arriendo y convivía con su señora madre, que les consta que la pareja se frecuentaba en ambas casas. De los testimonios se logra evidenciar que, si existió una relación sentimental entre el demandante y el causante, sin embargo, no es posible determinar que existiera una convivencia real y efectiva de la pareja compartiendo techo, lecho y mesa; por el contrario, los testigos confirman que cada uno tenía un lugar diferente de residencia y que se frecuentaban constantemente.

Asimismo, a folio 17 del expediente, reposa la resolución RDP 035639 del 31 agosto de 2018, mediante la cual UGPP, resolvió el recurso de apelación contra la solicitud que negó la sustitución pensional a favor del señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, en la que la entidad menciona que una de las razones por la cual niega dicha solicitud, es porque el señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), radicó solicitud en vida el 12 de octubre de 2007, requiriendo que en caso de su fallecimiento, se le otorgará la pensión de jubilación a su hermana, la señora María Adela Betancur, sin mencionar otro posible beneficiario. Hecho que una vez mas deja entrever las contradicciones del aquí demandante, quien de acuerdo a lo manifestado en declaración extra juicio, asegura que convivió con el causante desde el año 2000, es decir, que, para la fecha de la solicitud antes relacionada, llevarían un tiempo de 7 años de convivencia, lo cual, resulta absurdo que el señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), teniendo pleno conocimiento de que tenia un compañero permanente y este también tenía derecho a la pensión de sobrevivientes, no hiciera referencia a este en dicha declaración.

Finalmente, es preciso señalar que el demandante señor JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, estuvo recluido en la cárcel de Riosucio-Caldas, entre el año 2012 y 2017 y el causante señor ALONSO CANO BETANCUR (Q.E.P.D.), durante el año 2015, estuvo viviendo entre Medellín y Riosucio, por cuestiones de salud, hechos que a todas luces confirman que los aquí mencionados no tuvieron una convivencia permanente e ininterrumpida durante los últimos 5 años de vida del causante.

De lo anterior y una vez valoradas las pruebas, esta colegiatura concluye que, el demandante no logró acreditar la convivencia como compañero permanente del causante, por lo que no se equivocó el a quo de primera instancia al absolver a la entidad accionada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Por lo tanto, sin más consideraciones, se confirma la sentencia

objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Costas en esta instancia a cargo del demándate recurrente y en favor de la parte demandada, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JOSE LUIS ACEVEDO BETANCUR, en contra de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de $1.000.000°°, a favor de la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad.
11001310503220190034901

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE - SUSTITUCION PENSIONAL (EMPLEADA)

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **NOHEMY ALFARO RAMIREZ** identificada con **C.C. No. 51.842.120** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

La apoderada de la parte demandante, pretende que sea declarado por COLPENSIONES, el derecho de la pensión sustitutiva como compañera permanente a favor de la señora NOHEMY ALFARO RAMIREZ y ordenar el pago retroactivo de la misma, a partir de la última mesada cancelada al causante, indexada o ajustada con base al IPC y/o al más alto interés legal y sus correspondientes intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones relató, que, el señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (q.e.p.d.) falleció el 16 de febrero de 2015, a quien mediante resolución No. 23183 del 01 de enero de 2001, se le otorgo la pensión de vejez por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Así mismo, manifestó que, la poderdante fue compañera permanente del señor FLORENCIO, de manera

ininterrumpida desde el año 2007, hasta el deceso del causante, compartiendo lecho, mesa y residencia, en la carrera 8 # 152 – 25 Int. 1 apto 503 de Bogotá, igualmente aduce que la demandante dependía económicamente de su compañero, indicando que, tiene un estado de salud deteriorado y que perdió totalmente la visión de su ojo derecho, aquejándola otras afecciones.

Dentro de los hechos menciona que el señor FLORENCIO, fue casado con la señora MARIA PARDO, quien padecía de demencia senil, entre otros y quien falleció en el año 2011. Que el señor FLORENCIO, en vida declaró ante un notario bajo la gravedad del juramento que, la única sucesora de su pensión era la señora NOHEMY ALFARO RAMIREZ, ya que, era su compañera permanente y estaba compartiendo con él los últimos años de vida, brindándole todo su amor y cuidados; y quien solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.), ante COLPENSIONES, la cual fue negada en la resolución GNR271506 del 03 de septiembre de 2015; por lo tanto, interpuso recurso de apelación la cual fue resuelta a través de la resolución VPB9477 del 26 de febrero de 2016, confirmando la decisión de instancia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría expuso no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la identificación del señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.); el otorgamiento de la pensión de vejez por COLPENSIONES, mediante resolución No. 23183 del 01 de enero de 2001; en lo referente a la fecha del fallecimiento del señor FLORENCIO, acaecido el 16 de febrero de 2015; así como la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva realizada por la señora NOHEMY ALFARO RAMIREZ, ante COLPENSIONES, finaliza señalando que se interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto confirmado la decisión tomada en la resolución GNR271506 de 2015, en la que se negó la petición de la parte demandante.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, planteó las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de los intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, innominada y/o genérica y compensación. (fls 58 - 71)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de julio de 2020, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar

*"**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de cobro de lo no debido,*

falta de causa para pedir e inexistencia del derecho reclamado formuladas por la demandada COLPENSIONES conforme las consideraciones expuestas.

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante NOHEMÍ ALFARO RAMÍREZ.*

.

***TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante y a favor de la demandada, liquídense por secretaria ordenándose integrar en ellas como agencias el equivalente a la suma de UN (1) SMMLV.*

***CUARTO**: **REMITASE** copia de la presente actuación a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION para efectos de que se investigue el actuar de la Sra. NOHEMÍ ALFARO RAMIREZ en el curso del presente proceso*

***QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a lo DEMANDANTE remítase el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concedido el término de ley ninguna de las partes presento alegaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta,

CONSIDERACIONES

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con la extensa documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que al señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.), le fue concedida la pensión de vejez por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como el hecho de su fallecimiento, el 16 de febrero de 2015, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *"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 de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes 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;

b) *(…)*
Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión de dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.
En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o 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."*** *(negrillas fuera de texto y corresponde a la parte de la norma analizada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 declarándolo exequible condicionalmente en el entendido que además del esposo o la esposa, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido)."(…)*

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años en cualquier tiempo si es con la cónyuge y existe separación de hecho.

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar al derecho de la pensión sustitutiva, como compañera permanente supérstite, con ocasión del fallecimiento del señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.), si se debe pagar el retroactivo debidamente indexado o ajustada con base al IPC y/o al más alto interés legal y sus correspondientes intereses moratorios y que se condene el pago de las costas del proceso a la demandada.

Que analizado el material probatorio en todo su conjunto y requisitos que estimó el A quo determinando, que la demandante no acredito la convivencia requerida para el efecto, conforme lo preceptuado en las normas transcriptas en líneas, pues no se demostró una convivencia simultánea, sino por el contrario, quedo probado que ella siempre ostento la calidad de enfermera y cuidadora de la pareja, situación que se refleja en las pruebas documentales que reposan en el expediente, entre ellas las investigación y los elementos de juicio que hacen parte del informe investigativo No. 10331 de 2015 y radicado con No. 2015_3516870, que reposa en el folio 93 (CD), del cual se puede concluir que, el señor FLORENCIO, no convivía en condición de compañero permanente con la señora NOHEMY, según los testimonios allegados en las diligencias de campo en diferentes lugares que, confirman que la solicitante se encontraba en condición de domestica del causante y en los expedientes administrativos

de COLPENSIONES, tanto del señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.), como el de su esposa, la señora MARIA DEISY PARDO VILLARAGA (Q.E.P.D.).

En dicho informe, se encuentra la declaración bajo la gravedad de juramento de la señora ALEGRIA SANTACRUZ ACHICANOY, hermana del causante, quien da fe de que, su hermano vivió con su señora esposa MARIA DEISY PARDO, hasta el 01 de abril de 2011, fecha de fallecimiento de la misma; que después del deceso de la señora PARDO, su hermano FLORENCIÓ, recibió la pensión sustitutiva de su esposa; que su ultimo lugar de residencia fue en un apartamento en el barrio Cedritos en Bogotá. Y con respecto a la señora NOHEMY ALFARO, declara que ella fue la empleada de su hermano y su esposa; que después de la muerte de su cuñada, la señora NOHEMY ALFARO, continuó prestando los servicios domésticos, cuidando y acompañando a su hermano hasta el día de su muerte.

Así mismo, se extrae del expediente administrativo allegado por Colpensiones de la señora MARIA DEISY PARDO VILLARAGA (Q.E.P.D.), la declaración extra proceso realizada por la señora NOHEMY ALFARO, el 06 de abril de 2011, ante el notaria Setenta (70) del Circulo de Bogotá, en la cual declara bajo la gravedad de juramento, que conoció de vista *trato y comunicaciones desde el 05 de septiembre de 2007, a los señores FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.) y a su cónyuge MARIA DEISY PARDO VILLARAGA (Q.E.P.D.), que los conocía por ser ella su enfermera, ya que, los cuidaba diariamente, pues para esto fue contratada, que, por lo tanto, le constaba que estuvieron casados y convivieron juntos, que de dicha relación no procrearon hijos, como tampoco la señora MARIA DEISY PARDO VILLARAGA(Q.E.P.D.), tuvo hijos extramatrimoniales, ni adoptivos, ni por reconocer; declara la señora NOHEMY, que no conoce persona alguna con derecho de sustitución de la pensión de la señora MARIA DEISY PARDO VILLARAGA (Q.E.P.D.), como la tiene su cónyuge, el señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.); así mismo, manifiesta que le consta que ellos se presentaban socialmente como pareja de esposos, constando que entre ellos había relación marital y que compartían el mismo techo, ya que, personalmente frecuentaba su casa y los veía compartiendo y cohabitando como pareja.*

De lo anterior y una vez valoradas las pruebas, esta colegiatura concluye que, no existió convivencia ininterrumpida entre la demandante en calidad de compañera permanente y el causante, en los últimos 5 años de vida del señor FLORENCIO SANTACRUZ ACHICANOY (Q.E.P.D.); o en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que, dicha declaración extrajuicio presentada por la demandante bajo la gravedad de juramento ante Notario, da cuenta de la contradicción que tiene la misma con lo presentado en la demanda, pues en la declaración presentada el 06 de abril de 2011, queda claro que ella trabajaba para la pareja de esposos a los cuales sirvió como enfermera y declara que estos estaban casados y convivieron hasta la fecha del fallecimiento de la señora MARIA DEISY PARDO VILLARAGA (Q.E.P.D.), es decir, 01 de abril de 2011, por lo tanto, no es posible el reconocimiento de la pensión, ya que, existe un matrimonio con vigencia civil hasta dicha fecha y entre el 01 de abril de 2011 y la fecha de muerte del causante que es el 16 de febrero de 2015, no se cumpliría con lo establecido en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, referente a que 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.

Por lo que no se equivocó el a quo declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho reclamado formuladas por la demandada COLPENSIONES y la absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

En lo que respecta a los intereses de mora, sustitución de pensión indexada y las costas del proceso, toda vez que se dio la negativa del reconocimiento pensional a la parte demandante, no proceden las pretensiones antes invocadas por la demandante, debiéndose igualmente confirmar la decisión materia de consulta en tales aspectos.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto de grado jurisdiccional de consulta conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

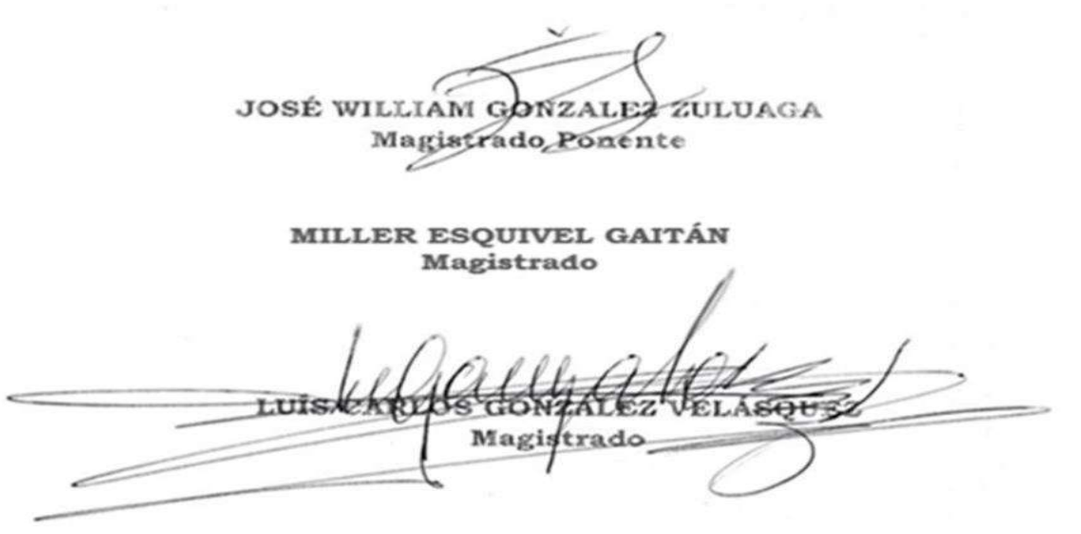
En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por NOHEMY ALFARO RAMIREZ, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia y se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
Los magistrados,



GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503420180064401

Previo a resolver el recurso de apelación concedido por el Juez de instancia se advierte, que la apoderada de la parte demandante**,** dentro del término legal establecido, interpuso recurso apelación contra el fallo proferida el 11 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dado el resultado desfavorable a sus intereses.

De la misma manera, en escrito allegado por correo electrónico el día 15 de marzo de 2022, adjunta memorial donde manifiesta que **DESISTE** del recurso impetrado.

A efectos de resolver la Sala procede a dictar el siguiente,

AUTO

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 316 del Código General del Proceso, **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionante por tener facultad para ello.

SENTENCIA

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES (Cónyuge supérstite- requisito convivencia).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demanda UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENCIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, en contra de COLPENSIONES antes INSTITUTO DE LA SEGURUDAD SOCIAL.

ANTECEDENTES

FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, promueve demanda ordinaria laboral en contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENCIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que tiene derecho por ser la cónyuge, con una convivencia durante más de 61 años con el señor RIGOBERTO SEPULVEDA (Q.E.P.D), se procure el pago de la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del causante debidamente indexada o ajustada con base al IPC y todos los demás valores que se logren demostrar y condenar en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio con el señor RIGOBERTO SEPULVEDA (Q.E.P.D), celebrado el 6 de marzo de 1955, convivencia que se mantuvo hasta el día de su fallecimiento; que procrearon tres hijos Daniel, Maritza y Carmen Sepúlveda Sánchez; que el causante falleció el 3 de enero de 2017; que convivieron por más de 61 años en el mismo lugar de residencia y que la demandante siempre dependió económicamente de los ingresos del causante; el señor SEPULVEDA (Q.E.P.D) le fue otorgado el reconocimiento de la pensión de jubilación mediante resolución No. 3901 del 18 de noviembre de 1977; que el señor RIGOBERTO SEPULVEDA (Q.E.P.D), el 24 de mayo de 1984, presento la "*solicitud de traspaso de pensión ley 44 de 1980"* ante la Sub-Dirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, donde designo a la señora SANCHEZ DE SEPULVEDA, como beneficiaria de la pensión de jubilación a su nombre; el 24 de enero de 2017, presento ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, reclamación de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte del señor RIGOBERTO SEPULVEDA (Q.E.P.D); que mediante resolución No RDP008561, del 6 de marzo de 2017 la entidad demandada reconoció de manera provisional el pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 4 de enero de 2017; el 10 de noviembre de 2017 la entidad por medio de resolución No. RDP042389, negó el beneficio de pensión de sobrevivientes de la parte activa; el 21 de noviembre de 2017 interpuso por medio de apoderada recurso de reposición en subsidio apelación contra la decisión tomada por la demandada, la cual negó la reposición y confirmo en resolución No. 42389 de 10 de noviembre hogaño la anterior decisión, del mismo modo por medio de resolución No. RDP048194 la pasiva desató la alzada y decidió confirmar la resolución No. 42389 en todas y cada una de sus partes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, en termino dio contestación mediante escrito a folios 201 a 208 en donde se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandada, solicitando negar todos los derechos invocados por la demandante y solicita se le absuelva de todos los cargos mencionados, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría salvo los relacionados con el matrimonio de la demandante con el causante y su

tiempo de convivencia, a la dependencia económica de la señora SANCHEZ, a la ayuda brindada por ella al momento de presentarse la enfermedad del señor SEPULVEDA (Q.E.P.D), a demostrar los requisitos legales para obtener el beneficio solicitado, del derecho de petición interpuesto el 4 de julio de 2018, al agotamiento de la vía gubernativa, con relación a la afiliación de la demandante como cotizante a CAFESALUD, por solicitud de la entidad demandada. Propuso las excepciones de mérito en cuanto a la improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020 resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR *que la demandante FLOR MARINA SÁNCHEZ DE SEPÚLVEDA es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite del causante RIGOBERTO SEPÚLVEDA RUBIO.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a favor de la cónyuge supérstite FLOR MARINA SÁNCHEZ DE SEPÚLVEDA, en un porcentaje equivalente al 100% de la mesada pensional que percibía el causante a partir del 04 de enero del 2017.*

TERCERO: CONDENAR *a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a favor de la demandante FLOR MARINA SÁNCHEZ DE SEPÚLVEDA, en un porcentaje equivalente al 100% de la mesada pensional que venía percibiendo el causante RIGOBERTO SEPÚLVEDA RUBIO, a partir del 04 de enero del 2017, incluyendo las mesadas adicionales con el pago de los respectivos reajustes anuales del valor de la mesada, debidamente indexada y autorizando el descuento del valor de las mesadas percibidas en cumplimiento de la resolución RDP 8561 del 06 de marzo del 2017.*

CUARTO: CONDENAR *a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, al reconocimiento y pago de los intereses de mora de qué trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1ro de octubre del 2017 y hasta que se verifique el pago total de lo ordenado en esta providencia.*

QUINTO: *SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA."*

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL, solicitó que sea revocada la decisión al respecto de la pasiva, afirmando que, no se cumplen con los requisitos necesarios por la parte activa para adquirir los beneficios de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor RIGOBERTO SEPULVEDA (Q.E.P.D), aduciendo que por parte de los investigadores de la entidad nunca se llegó a tener una comunicación asertiva con la señora SANCHEZ y que además no se demuestra la convivencia durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, la UGPP solicita revocar la sentencia de primera instancia en la que se accede a las pretensiones de la demanda toda vez que la misma no se encuentra ajustada a derecho ya que en el caso en concreto no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Rigoberto Sepúlveda Rubi porque no ha logrado acreditar dicha convivencia en tanto existen elementos que indican que la aludida convivencia no existió, pues aunque se presentaron testimonios, el despacho no tuvo en cuenta la investigación a efectos del reconocimiento prestacional. Finalmente, y en cuanto a la condena en costas, solicita que la misma sea revocada toda vez que ya se resolvió la prestación en los términos legales, con fundamento en los elementos probatorios y jurisprudenciales vigentes a la fecha de la solicitud.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en verificar si la señora FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, cumple con los requisitos necesarios para obtener el beneficio de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite, con ocasión al fallecimiento del señor RIGOBERTO SEPULVEDA (Q.E.P.D).

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución No. 3901 del 18 de noviembre de 1977, le fue concedida al señor RIGOBERTO SEPULVEDA RUBIO (Q.E.P.D), pensión de jubilación por la Caja Nacional de Previsión, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 3 de enero de 2017, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

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

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

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"*[1]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, y con el fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la convivencia, relieva la Sala que el análisis de las pruebas allegadas en la oportunidad procesal correspondiente, fueron aparecidas de se encuentra de conformidad a los preceptos legales conforme se indicara a continuación.

En tal sentido, se tiene como pruebas las que militan en el expediente a folio 5, siendo esta la copia del registro civil de matrimonio del 5 de mayo de 1955 con No. 492 de la Notaría 5ª del Círculo de Bogotá, donde se protocoliza el matrimonio de la demandante con el causante, sin que se advierta del tal documental nota al margen de alguna disolución o separación. Se divisa folio 17 que el causante el 24 de mayo de 1984, elevo "*solicitud de traspaso de pensión ley 44 de 1980"* ante la Sub-Dirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, donde designo a la señora SANCHEZ DE SEPULVEDA, como beneficiaria de la pensión de jubilación otorgada a su nombre.

La demandante FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que contrajo matrimonio con el *de cujus* con quien convivió durante más de 61 años, que dentro de este término procrearon a 3 hijos de nombre Daniel, Maritza y Carmen Sepúlveda

[1] CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

Sánchez, de los cuales se aportó junto con la demanda registros civiles de nacimiento y cedulas de ciudadanía que militan a folios 7 a 13.

Cabe resaltar, que dentro de las declaraciones recaudas se puede establecer con firmeza ya que cada uno de los testigos concuerdan en que conocieron a la pareja, y de su convivencia, buen trato entre ellos, apoyo mutuo, afirmaciones que dejan ver que existió una relación de afecto, colaboración y de incondicionalidad del uno para el otro, siendo así, importante destacar que el acompañamiento en la enfermedad del causante fue total por parte de la demandante, tanto así, que cuando se debía ausentar del domicilio, la accionante se encargaba de que al señor SEPULVEDA (Q.E.P.D), siempre le asistiera una persona idónea encargada de las necesidades del mismo.

Con respecto a labor investigativa realizada por la entidad demandada, dentro del expediente administrativo, que se encuentra en el numeral tercero del expediente digital, se puede colegir de la misma que no se logró determinar si existió o no convivencia entre la demandante y el causante, pues no tuvo contacto directo con los involucrados, ni con los vecinos que constataran la información de convivencia de la pareja, sin embargo la señora FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, adujó en el interrogatorio de parte recaudado al interior de las presentes diligencias y bajo la gravedad de juramento, que si recibió la visita por parte del funcionario de la UGPP, donde les informo que, ella vivía hace muy poco en ese apartamento del barrio Rafael Núñez, que ella los podía llevar al barrio donde vivió la mayor parte de su vida con su señor esposo, que allí los vecinos podían comprobar de la vida familiar que llevaban por más de 60 años, así mimo indica que les puso de presente que se dirigieran donde la señora Soledad, fundadora de ese barrio, hablo del tiempo que vivieron en el mismo y que se conocieron desde muy pequeñas. Expone además que los funcionarios de la UGPP, al momento de terminar cada una de las entrevistas realizadas a los vecinos les tomaron huella y cedula. así mismo se trasladaron donde el señor Mauricio, quien es vecino, contestando todas las preguntas que le hizo el encargado de la entidad demandada. Declara la señora SANCHEZ que el funcionario de la UGPP, la invito a una cafetería, en donde toma su declaración, afirma la señora SANCHEZ que se demoraron bastante tiempo realizando y diligenciando el documento; haciéndole preguntas en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del matrimonio y convivencia con el causante. Además, afirma que el señor le pregunto ¿por qué no hizo la reclamación del auxilio funerario?, a lo que respondió, que ella ya había iniciado con todos los tramites al respecto, y que este le aconsejo que lo hiciera pronto que aun estaba a tiempo de cobrar esas sumas de dinero, finalizada la entrevista el trabajador de la demandada le tomo su firma y huella.

De lo anterior, es fácil establecer que la señora SANCHEZ si tuvo contacto con el funcionario de la UGPP, a contrario *sensu* de lo indicado en el expediente administrativo de la entidad aquí demandada, situación que deja entrever las falencias que se advierten en la respectiva investigación, es preciso señalar que la aquí demandante fue precisa y concisa en sus declaraciones, donde se

evidencia que el procedimiento que se realizó es propio de dichas entidades al momento de indagar sobre el tema que aquí nos atañe, y aún más se logra confirmar esta información con la declaración de la señora Soledad, cuando rindió testimonio en la audiencia de práctica de pruebas llevada a cabo por la juez de primera instancia, en la que sostuvo haber realizado dicha entrevista con el funcionario de UGPP.

Así las cosas, la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP., en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba y que aquí fue insuficiente, pues no adelanto una verificación oficiosa sobre el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho de la señora FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, y así acceder al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, ya que en el trámite del expediente administrativo no se cuenta con la suficiente información pues no se allegaron los medios de convicción suficientes para acreditar su decisión, con relación a la negativa del reconocimiento solicitado por la demandante, la que se baso en que no pudieron hacer contacto ni con la actora ni con los conocidos, para de allí poder establecer a ciencia cierta si existió o no la convivencia matrimonial por más de 5 años.

Pruebas todas ellas que, valoradas en su conjunto, contrario a lo sostenido por la censura, dan cuenta no sólo de que la pareja mantuvo un vínculo matrimonial vigente desde la fecha de la ceremonia y hasta el fallecimiento del pensionado, sino de su efectiva convivencia por tiempo superior a cinco años, de lo cual permite concluir que la pareja vivía en el mismo bien inmueble, sin que desvirtuaran la ayuda mutua que se prestaron.

Así este colegiado no encuentra razón para censurar la decisión tomada por el *A quo*, en cuanto a lo que fue motivo de apelación dentro del fallo de primera instancia, presentado por la parte demandada. Por lo demás, revisado el material probatorio allegado por las partes, así como analizada la normatividad aplicada al caso concreto, es de resaltar que se encuentra dentro de lo correspondiente al proceso laboral ordinario. Por lo tanto, lo examinado por esta corporación encausa a desatar la presente alzada en confirmar la decisión tomada por el togado en primera instancia.

En cuanto a las costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora, dado el resultado desfavorable del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 11 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR MARINA SANCHEZ DE SEPULVEDA, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENCIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, conforme a los razonamientos expresados por la Sala, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP. Inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de $1.000.000, Las de primera instancia se confirman.

Notifiquese y Cúmplase.
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503620190038502

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES (Sustitución Pensional, Compañero permanente).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta impulsado por el por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, con respecto de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANTONIO QUINTERO BONILLA** en contra de **COLPENSIONES** antes **INSTITUTO DE LA SEGURUDAD SOCIAL;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderada sustituta a la Dra. Ana Milena Quintero Bonilla en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 14 a 15.

ANTECEDENTES

ANTONIO QUINTERO BONILLA promueve demanda ordinaria laboral en contra Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que tiene derecho por ser el compañero permanente con una convivencia durante 10 años aproximadamente con la causante, se procuró el pago de la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del causante debidamente indexada o ajustada con base al IPC y todos los demás valores que se logren demostrar y condenar en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, índico que convivio como compañero permanente de la causante por un término aproximado de 10 años. como consta en las declaraciones extrajucio que aportó, convivencia que se mantuvo hasta el día de su fallecimiento; que la causante falleció el 23 de agosto de 2012; para la fecha del fallecimiento el accionante aseguró depender económicamente de su compañera; presentó la solicitud de sustitución pensional ante la entidad demandada, y la misma

mediante resolución GNR218725 del 26 de julio de 2016 reconoció el beneficio; posteriormente la entidad mediante resolución SUB290743 del 15 de diciembre de 2017 revocó la anterior resolución por no acreditar la convivencia con la causante; mediante resolución SUB250066 del 21 de septiembre de 2018 se confirmó la revocatoria de los beneficios de la sustitución pensional; informó que convivio con la señora Sara Emilia en la carrera 18 sur No 46 E 04 barrio los robles de la ciudad de barranquilla bien inmueble propiedad del señor CARLOS MANUEL LARA STEPHEN; que laboró con la Fiscalía general de la nación y por este motivo viajaba constantemente en las temporadas de vacaciones y fines de semana y durante su ausencia, la causante se quedaba en compañía de uno de sus hijos apoyando con el cuidado de sus nietos; que nunca hubo un trato con las hijas de su compañera por lo distante de su relación y su enemistad desde que inició la convivencia con la señora MAIGUEL; que la relación entre el demandante y la causante se basó, en el apoyo mutuo, auxilio, socorro, solidaridad y afecto acompañado de la fidelidad, dado que asegura que ninguno tuvo una relación diferente con otra persona durante el tiempo de su convivencia; que interpuso solicitud a la entidad con el fin de restablecer la pensión de sobrevivientes, quien negó la solicitud, ante esto elevó recurso de reposición y apelación la cual se desato mediante resolución DIR18102 del 9 de octubre de 2018 que confirmo la decisión en todos y cada uno de sus numerales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en termino dio contestación mediante escrito a folios 52 a 63 en donde se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandada, solicitando negar todos los derechos invocados por la demandante y solicita se le absuelva de todos los cargos mencionados; en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría salvo, la convivencia, la dependencia económica del demandante para con la causante, los requisitos de la sustitución pensional, la existencia de una relación entre ellos con el señor CARLOS MANUEL LARA, el traslado constante del peticionario por motivos de su labor, la relación distante con las hijas de la causante, Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, , buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2020 resolvió:

*"**PRIMERO: ABSOLVER A** la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES.*

SEGUNDO: CONDENAR *en costas al accionante en su liquidación inclúyase la suma de 500.000 pesos a titulo de agencias en derecho.*

TERCERO: CONSÚLTESE *con el superior en caso de no ser objeto de recurso de apelación por el extremo demandante*

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, Colpensiones solicita que se confirme el fallo de primera instancia, toda vez que, con las pruebas documentales allegadas, como lo son la investigación administrativa, quedó acreditado que el señor ANTONIO QUINTERO BONILLA, no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, bajo los parámetros de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 del 2003, esto de conformidad con la fecha del deceso de la causante la cual tuvo lugar el 23 de agosto del año 2012. Y es que el señor ANTONIO QUINTERO BONILLA, no acreditó los requisitos establecidos en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 del año 2003, al no convivir con la causante durante los 5 años anteriores al fallecimiento.

Entre tanto, la parte actora peticiona que se revoque fallo de primera instancia en atención a los siguientes argumentos: Como puede verificarse dentro del expediente su señoría, se pretende dar valor probatorio a la investigación administrativa No. 159 de 2017, donde se vulneraron los derechos al debido proceso del adulto mayor ANTONIO QUINTERO, quien solicito la pensión de sobrevivientes, bajo los parámetros de la ley 100 de 1993, la cual fue modificada por la ley 797 del 2003. Como puede apreciarse no realizo el mínimo esfuerzo por llevar a los presuntos testigos de su proceso administrativo, y por el contrario se recargo la carga de la prueba en el demandante, que es la parte vulnerable en este asunto

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en determinar si le asiste responsabilidad a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP de pagar a favor de la señora GLADYS REYES DE GARZON la pensión de sobrevivientes, concedida con ocasión al fallecimiento del señor JOSÉ FRANCISCO GARZÓN. En razón a la convivencia por más de 20 años entre el causante y la demandante, o por contrario, será motivo de estudio el que se atribuya dicha responsabilidad a la ARL encargada, o en su defecto a COLPENCIONES. Así mismo, es menester realizar el análisis en cuanto a la consulta en lo que o fue objeto de apelación.

GRADO DE JURISDICCION POR CONSULTA

Es claro que, según los presupuestos legales, en cuanto a la al grado de jurisdicción por consulta, que se emite al superior jerárquico de quien emite la sentencia el código procesal del trabajo y de la seguridad social reza en su artículo 69 que:

> *"Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta". (…)*
> *(…) También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. (…)*

En sentencia C 424 de 2015 la corte constitucional, dijo:

> *Se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.*

Al respecto, dado que la sentencia de primera instancia absolvió a la entidad demandada, y no hubo recurso alguno en contra del fallo, el juez recurre a accionar el grado de jurisdicción por consulta, donde este colegiado deberá revisar el fallo según reza la norma, para corregir cualquier error en que haya podido incurrir el a-quo,

En particular se determinará, si se cumple con los requisitos que según la ley son necesarios para adquirir los beneficios pensionales otorgados al cónyuge o compañero permanente por causa del fallecimiento del pensionado, de esta manera se aclarara si el juez realizo la practica de pruebas en debida forma, para tomar la decisión que en este momento es motivo de consulta.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución 2081 del 9 de diciembre de 1994 le fue concedida a la señora SARA EMILIA MAIGUEL DE LOPEZ (Q.E.P.D.), pensión de jubilación de carácter compartida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 23 de agosto de 2012, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

(…)"Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.[1] *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 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."(…)*

normatividad de la que fácil es deducir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"[2]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

[1] El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido

Aclarado lo anterior, con el fin de establecer si en el curso de esta actuación el demandante acreditó la convivencia, relieva la Sala que el análisis de las pruebas se encuentran de conformidad apreciadas.

En tal sentido lo manifestado por el demandante ANTONIO QUINTERO BONILLA al absolver interrogatorio de parte, se contrajo a que fue el compañero permanente con quien convivió durante aproximadamente 10 años, desde julio del 2002, hasta el 23 de agosto del 2012, Qué fue cuando falleció la causante, dentro de este tiempo no se procrearon hijos y donde expone que durante los últimos días de vida de la señora SARA EMILIA MAIGUEL DE LOPEZ (Q.E.P.D.), quien tuvo el cuidado de su enfermedad fueron sus hijos, además aclaró que estos últimos no conocían de la relación que el demandante aseguro conllevar con la causante, ni tampoco tuvieron una relación cercana dado que ella era muy reservada en sus actos como los son sus relaciones personales; también adujo que por motivos de su trabajo se ausentaba constantemente de su hogar, y por este motivo los hijos de la señora MAIGUEL no conocían de su existencia, así mismo informa que no estuvo presente el día del deceso por temas de trabajo, no se encontraba en la ciudad, dijo que los hijos sacaron las pertenencia de su compañera en el momento que falleció, dado que él no se encontraba con ella, no compartió fechas especiales con las señora, señalo que recibió la pensión en el 2004 pero que el día del fallecimiento se encontraba en comisión de trabajo, corrigió en Bogotá cobrando sus arriendos, no tenía pertenencias personales de la señora ni fotografías en su compañía aduciendo que la señora era muy reservada con su vida personal.

En cuanto a las pruebas testimoniales, la señora ZORAYA RUIZ testigo del demandante, afirmo que vendía jugos en el centro de barranquilla y que conoció al demandante a causa de que era cliente, le ayudó a conseguir un lugar donde vivir en el barrio ciudadela 20 de julio, donde se mudó con la señora ZARA EMILIA. Aseguró que convivieron durante diez años y que tenían una relación de una pareja normal; no conoció los hijos de la causante, dice ser vecina, pero vive un poco distante, señalo que no eran amigos solamente vecinos. El señor PEDRO FIDEL OROZCO, afirmó ser vecino de la pareja, pero sus encuentros no eran frecuentes, aseguró que conoció a la señora ZARA pero no tuvo trato directo con ella, pero que nunca ingresó a la casa donde convivían. En su declaración el señor WILLIAM ESCOCIA HERNANDEZ, señaló que es conductor de taxi y que conoció al señor Carlos prestando continuamente su servicio al demandante, es vecino cercano del barrio, aseguró conocer a la pareja desde el momento de su mudanza, pero no tuvo contacto con la misma, sabia de ella por lo que el demandante le comentaba. El señor JORGE TORRES, indicó que es mecánico del barrio frente donde habitó el demandante, aseguró que conoce al demandante desde que llego al sector, no tuvo trato directo con la causante, solamente la veía a la distancia.

Cabe resaltar que, valoradas todas las pruebas en su conjunto, poseen algo en común, ninguna de las personas que rindieron su testimonio, conocieron

a la señora ZARA EMILIA MAIGUEL DE LOPEZ (Q.E.P.D.), sus declaraciones fueron basadas en lo que el señor ANTONIO podría comentar sobre la misma, por tal motivo se generan inconsistencias, y generan duda sobre lo que se puede acreditar como verdad, es importante resaltar, que también la investigación de COLPENSIONES que reposa en el expediente pudo desvirtuar la convivencia del aquí demandante con la causante, y las circunstancias de tiempo modo y lugar no son claras, es más se contradicen, basta solo con estudiar los testimonios y el interrogatorio de parte donde se expuso así: El señor ANTONIO cuando dice que tenía que ausentarse del hogar que compartía con la causante, porque salía de comisión fuera de la ciudad, en el trabajo que tenía con el Gobierno, pero luego asegura que esta pensionado desde 1994 y que viajaba a Bogotá a cobrar el arriendo de su casa, que las navidades y fechas importantes las compartían cada uno con su familia, ella con sus hijos y el en Bogotá con su familia y por esto no tienen fotos o documentales que puedan demostrar el hogar que conformo con la señora MAIGUEL.

Es evidente para esta sala que los factores aquí expuestos no logran acreditar su convivencia con la causante por el término establecido por la norma y hacerse beneficiario de la sustitución pensional pretendida. Entendida esta como "comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja. Componentes todos ellos ausentes en los acontecimientos aquí detallados y señalados por los testimonios, la demandada y el mismo demándate, que no pudo acreditar su condición de compañero permanente en ningún momento. No se equivocó el a quo al absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

De lo anterior, esta colegiatura concluye que, no existió convivencia ininterrumpida entre el demandante y la señora ZARA EMILIA MAIGUEL DE LOPEZ (Q.E.P.D.). En calidad de compañero permanente, en los últimos 5 años de vida.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto de grado jurisdiccional de consulta conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) laboral del Circuito de Bogotá de fecha 26 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANTONIO QUINTERO BONILLA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a los razonamientos expresados por la Sala, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia y se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503820190004700

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSION DE SOBREVIVIENTES – SUSTITUCION PENSIONAL - CONYUGE – Grado Jurisdiccional De Consulta.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta impulsado por el por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, con respecto de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RUTH FABIANA ANGEL RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** y como vinculada la señora **JULIANA ZAMUDIO MEDINA;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 13 al 17.

ANTECEDENTES

RUTH FABIANA ANGEL RODRIGUEZ promueve demanda ordinaria laboral en contra Colpensiones**.** al reconocimiento y pago de las diferencias causadas y no pagadas de la pensión de sobrevivientes del señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ BERMUDEZ hasta completar el 50% que legalmente le corresponde y a que tiene derecho por ser la cónyuge con una convivencia durante 12 años aproximadamente con la causante. se procuró el pago de la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del causante debidamente indexada o ajustada con base al IPC y todos los demás valores que se logren demostrar y condenar en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indico que convivio como cónyuge del causante por un término aproximado de 12 años como consta en el registro civil de matrimonio No. 03713232 de la Notaria Primera del Círculo de Zipaquirá , convivencia que se mantuvo hasta el día de su fallecimiento prestándose apoyo mutuo y colaboración; que el núcleo

familiar convivió 2 años en la ciudad de leticia (Amazonas) y luego se trasladaron a la ciudad de Zipaquirá por motivos laborales del causante donde adquirieron un bien inmueble para asentarse como familia; que dentro de su matrimonio se procreó al menor hijo ALEM SAMUEL HERNANDEZ ANGEL; que en el mes de abril del año 2015 los dos presentaron complicaciones medicas y por tal motivo el causante tuvo que ausentarse de su hogar para vivir por un tiempo en el domicilio de su hermana la señora ROSA ELENA HERNANDEZ BERMUDES ubicado en la ciudad de Bogotá, a causa de los cuidados y tratamientos que debía practicarse el señor HERNANDEZ con ocasión a su enfermedad por este tiempo la demandante se encontraba en un grave estado de salud por causa de un tumor que le fue extraído de su cabeza; posteriormente la pareja tomó la decisión de que el señor MIGUEL ANTONIO se mudara al municipio de Chía (Cundinamarca) donde le podían prestar mejor atención medica que la que podían encontrar en el municipio de Zipaquirá, durante todo este tiempo la pareja no perdió contacto, dado que se veían cuantas veces les era posible a causa de sus estados de salud; que el causante falleció el 2 de junio de 2016; a pesar de su estado de salud la señora ANGEL fue quien se encargó de todos los tramites exequiales; que, el día 30 de junio del 2016, radicó ante Colpensiones la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del causante en calidad de cónyuge; el 07 de julio hogaño, mediante edicto No. 074 la entidad informó que la señora JULIANA ZAMUDIO MEDIONA, también presento dicha solicitud en calidad de compañera permanente del causante; el 11 de noviembre d 2016 la señora ANGEL elevó derecho de petición solicitando el pago inmediato de los beneficios pensionales en su calidad de cónyuge sobreviviente; mediante resolución GNR342228 del 17 de noviembre de 2016 Colpensiones reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes de MIGUEL HERNANDEZ (Q.E.P.D) a su menor hijo ALEM SAMUEL HERNANDEZ, dejando en suspenso el otro 50% a causa de la controversia presentada hasta tanto no existiera orden judicial que dirimiera dicha polémica; el 2 de diciembre del 2016 la accionante radicó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la resolución GNR 342228 del 17 de noviembre de la misma anualidad; por medio de comunicado fechado el 2 de diciembre de 2016, la entidad informó a la señora RUTH FABIANA ANGEL, que la solicitud y sus anexos fue remitida al consorcio COSINTE-RM con el fin de realizar la investigación administrativa; el 14 de marzo de 2017 COLPENSIONES, notifico la resolución DIR 245 del 9 de marzo de 2017, por medio de la cual se le reconoció a la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA como compañera permanente del señor HERNÁNDEZ otorgándose un 26,82% de la pensión y a la señora ANGEL en su calidad de cónyuge el 23,18% restante del 50% suspendido. Que el informe presentado por la entidad COSINTE-RM a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES presenta varias irregularidades, entre ellas el no realizar las labores de vecindario, no existe investigaciones de campo, identifica a la señora Zamudio erróneamente con un número de cedula diferente, entre otras, razón por la cual la demandante procedió a solicitar al señor JOSE MANUEL ORTIZ FLOREZ técnico experto en investigación criminal, quien realizó dictamen pericial sobre los hechos y pruebas relativos a la convivencia simultanea de las dos interesadas con el causante. Una vez realizado el mentado dictamen, determinó que existió entre la señora RUTH FABIANA ANGEL y el señor MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ (q.e.p.d.), una convivencia constante y permanente desde el día de su matrimonio católico hasta el día del fallecimiento del señor Hernández, por el contrario, con la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA no hubo una relación constante ni

continua, ni se demuestra una convivencia de 5 años ininterrumpidos antes de su fallecimiento. Que la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA nunca convivio con el señor MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ, ni tuvieron hijos comunes, los encuentros de las dos personas eran ocasionales y de fines de semana por lo que nunca hubo un auxilio mutuo, acompañamiento espiritual, apoyo económico, por lo que tampoco pudo afirmarse que fueron compañeros permanentes. para la fecha del fallecimiento el accionante aseguró depender económicamente de su esposo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en termino dio contestación mediante escrito a folios 50 a 65 en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la demandada, solicitando negar todos los derechos invocados por la demandante y solicita se le absuelva de todos los cargos mencionados; en cuanto a los hechos indico no constarle ninguno de ellos, Propuso las excepciones de mérito en cuanto a la, prescripción, de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

A pesar de que a la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA, se le notifico en debida forma, mediante acta de notificación personal que milita a 84, no contesto ni se hizo parte del proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2020 resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA, no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en alguna porción, como consecuencia del fallecimiento del afiliado MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que la señora RUTH FABIANA ANGEL RODRIGUEZ en su calidad de cónyuge supérstite del causante MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ le asiste el derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, le reconozca y pague el equivalente al 50% de la pensión de sobreviviente reclamada como consecuencia del fallecimiento del afiliado, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que le pague a la señora RUTH FABIANA ANGEL RODRIGUEZ, en su calidad de cónyuge supérstite del causante MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ, las diferencias existentes entre las mesadas pagadas y las que legalmente le correspondían hasta completar el 50% de la prestación de sobreviviente, derivada del fallecimiento del causante a partir del 02 de junio de 2016.*

siendo pertinente señalar que las diferencias de mesadas pensionales causadas desde 02 de junio del 2016, deberán ser indexadas, tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la formula

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \text{ X } \underset{\text{(valor de diferencia de mesadas)}}{\text{VALOR HISTORICO}} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Así, deberá tomarse como índice inicial el de la fecha de causación de la respectiva mesada y como índice final el de la fecha en que se verifique el pago de parte de COLPENSIONES.

***CUARTO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que el retroactivo de diferencias de mesadas pensionales indexadas que tiene derecho RUTH FABIANA ANGEL RODRIGUEZ en su calidad de cónyuge supérstite del causante, descuente el valor que de los aportes que proceden con destino al sistema de seguridad social en salud, en la proporción que en derecho corresponde.*

***QUINTO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las pretensiones de la demanda relacionadas con intereses moratorios.*

***SEXTO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas, respecto de absolución y frente a las condenas infligidas el Despacho las declara no probadas.*

***SEPTIMO: COSTAS.** Sin costas en la instancia.*

***OCTAVO:** si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.*

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicita que se confirme la sentencia toda vez que se demostró que cumple con los requisitos establecidos en el literal “a”, del artículo 47, de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ BERMÚDEZ, esto es, por estar haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Entre tanto COLPENSIONES, peticiono que se le absuelva de pagar intereses moratorios debido a que actuó de buena fe teniendo en cuenta que la controversia suscitada entre las pretendidas beneficiarias, debía ser dirimida por la jurisdicción ordinaria laboral. Aunado a lo anterior, es de tener en cuenta que opera el fenómeno de la prescripción de acuerdo a los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo, por no haber sido reclamados los derechos que hoy se alegan dentro de la oportunidad allí establecida.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en realizar el análisis en grado jurisdiccional de consulta en cuanto a si le asiste derecho a *la señora RUTH FABIANA ANGEL ROGRIGUEZ de ser beneficiaria del 50% de la* pensión de sobrevivientes, solicitada con ocasión al fallecimiento del señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ. En razón a la convivencia por más de 12 años entre el causante y la demandante como cónyuges, además, examinar el material probatorio que refleja que no le asiste derecho a la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA, de la cuota parte de la pensión de sobreviviente de la que en su momento pretendió beneficiarse como compañera permanente del señor Hernández.

GRADO DE JURISDICCION POR CONSULTA

Es claro que, según los presupuestos legales, en cuanto a la al grado de jurisdicción por consulta, que se remite al superior jerárquico de quien emite la sentencia, el código procesal del trabajo y de la seguridad social reza en su artículo 69 que:

> *"Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta". (…)*
> *(…) También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. (…)*

En sentencia C 424 de 2015 la corte constitucional, dijo:

> *Se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.*

Al respecto, dado que la sentencia de primera instancia condeno a la entidad demandada, y no hubo recurso alguno en contra del fallo el juez recurre a accionar el grado de jurisdicción por consulta, donde este colegiado deberá revisar el fallo según reza la normatividad en cuestión, para corregir cualquier error en que haya podido incurrir el a-quo.

En particular se determinará, si se configuro una convivencia simultanea entre la señora RUTH FABIANA ANGEL como cónyuge, la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA como compañera permanente y el señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ, en caso contrario se analizara si se cumple por parte de la demandante, con los requisitos que según la ley son necesarios para adquirir los beneficios pensionales otorgados a la cónyuge por causa del fallecimiento del pensionado, de esta manera se aclarara si el juez realizo la práctica de pruebas en debida forma, para tomar la decisión que en este momento es motivo de consulta.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de esta instancia ahondar en el hecho del fallecimiento del señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ el 02 de junio de 2016, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> *(…)"Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*
>
> *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.*[1] *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 correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando*

[1] El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido

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."(…)

normatividad de la que fácil es deducir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado"[2]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Aclarado lo anterior, con el fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la convivencia, relieva la Sala que el análisis de las pruebas se encuentra de conformidad apreciadas.

En tal sentido lo manifestado por la demandante RUTH FABIANA ANGEL al absolver interrogatorio de parte, se contrajo a que fue la cónyuge del causante con quien convivió durante 12 años, aseguro que el señor HERNANDEZ falleció de leucemia mieloide aguda, que quien se hizo cargo de los cuidados de su padecimiento fue ella y una hermana del causante, que no le consta, pero escucho rumores que el causante tuvo una relación extramatrimonial; que dependía económicamente del señor MIGUEL ANTONIO; dentro de este tiempo se procreó un hijo; que se encontraba afiliada como beneficiaria en salud del causante; que nunca se separaron; que la convivencia tuvo lugar en varios sitios; que no conoce a la señora JULIANA ZAMUDIO y por consiguiente no conoce de la supuesta relación entre esta última y el causante.

En cuanto a las pruebas testimoniales, el señor JOSE MANUEL ORTIZ FLOREZ investigador criminalista, aseguro haber realizado una investigación de campo para verificar los términos de tiempo modo y lugar de la convivencia del causante con la señor RUTH FABIANA ANGEL, y como resultado se llegó a la conclusión que la mencionada convivencia perduro durante mas de 12 años en diferentes lugares de residencia, además realizo labor de campo en la hacienda potreritos de la vereda Bojacá de chía Cundinamarca lugar de residencia de la señora JULIANA ZAMUDIO MEDINA, entrevisto a varios residentes de la vereda, donde aseguraron que esta última residía con sus

padres, que no convivía con pareja alguna, que trabajaba en la fiscalía pero insisten en que no convivió con alguien diferente a su núcleo familiar. Dentro de la investigación no se pudo establecer una relación más allá de las laborales y los fines de semana para compartir como compañeros de trabajo de la Fiscalía seccional Cundinamarca. El señor MANUEL CARDENAS testigo de la demandante, afirmo que es vecino de la demandante, que conoció al señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ y a su cónyuge en el edificio donde residían, el causante y la demandante eran esposos, que tenían comportamientos de familia, que el visitaba frecuentemente el apartamento de la señora RUTH, asistió a las exequias del señor HERNÁNDEZ, aseguro que los gastos del hogar eran solventados por el causante, dado que la señora ANGEL no laboraba para ese entonces. La señora FLOR MARIA TRIANA GARZON, testigo de la demandante, declaró que le ayudaba al personero de Zipaquirá y que conoció al señor MIGUEL ANTONIO, dado que por cuestiones de su labor tenia contacto con el causante haciendo claridad que esta era el coordinador de la Fiscalía, fue invitada al matrimonio del causante con la demandante, tiempo después de conocerlos les colaboro en los quehaceres del hogar hasta el inicio de la enfermedad del señor HERNANDEZ, hizo afirmaciones sobre el tratamiento de la enfermedad del causante, y adujo que la señora fabiana dependía económicamente de el, que se tuvieron que separar transitoriamente por causas de salud de los cónyuges, que le brindo atención a la señora ANGEL y a su hijo mientras esta última se encontró en recuperación de las cirugías que le practicaron. Que compartió en varias oportunidades eventos especiales y familiares con la pareja, aseguro que no conoce a la señora JULIANA ZAMUDIO y que la relación sentimental o familiar de la demandante con el causante nunca finalizo. La señora GLORIA ELCIRA GARCIA, testigo de la demandante, declaro que conoce a la señora RUTH FABIANA ANGEL, desde el año 2001 cuando la señora ángel inicio la judicatura en la FISCALIA SECCIONAL CUNDINAMARCA, donde la señora GLORIA labora hace más de 20 años y fue compañera de trabajo del señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ; dijo que frecuento el hogar de la familia HERNANDEZ ÁNGEL en la época que él se enfermó; que su domicilio fue el hogar en Zipaquirá y que se lo encontraba frecuentemente en las inmediaciones del barrio, que conoció a la señora ZAMUDIO el día del sepelio del causante, y que bajo rumores se entero que tuvieron una relación pero no tiene certeza de su convivencia, aseguró que tienen una relación de amistad cercana pero que no compartió eventos especiales o familiares.

Cabe resaltar que, valoradas en su conjunto, poseen algo en común, que conocen a la pareja en el ámbito familiar y laboral que se determina la convivencia por medio de las declaraciones de los testigos y el registro civil de matrimonio del causante y de la demandante no relieva nota al margen que dé cuenta de una disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio, de igual forma se hace ver por las declaraciones de los testigos que a pesar de la separación temporal de la pareja por razones de fuerza mayor con ocasión a los padecimientos de salud, se puede fácil percibir que sus obligaciones como familia seguían vigentes al servir el uno para el otro tanto en lo económico como lo en el ámbito fraternal, por último es menester

de este colegiado resaltar la ausencia de la señora JULIANA ZAMUDIO al no hacerse parte del presente proceso, acción que no permite aclarar la supuesta relación y convivencia que esta última se proponía demostrar para adquirir los beneficios pensionales; que despejado es para esta corporación que escuchadas las declaraciones y analizado el documental aportado como prueba en conjunto la señora ZAMUDIO no merece beneficio alguno de la pensión de sobrevivientes que deberá ser otorgada en un 50% a la señora RUTH FABIANA ANGEL como cónyuge supérstite del causante con ocasión del fallecimiento de este el día 02 de junio de 2016. Así las cosas y finalizado el análisis probatorio de la presente disputa, y con ocasión al grado jurisdiccional de consulta solicitado por el a quo, esta corporación dirigirá su decisión a confirmar el fallo de primera instancia por las razones ya expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) laboral del Circuito de Bogotá de fecha 23 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RUTH FABIANA ANGEL RODRIGUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a los razonamientos expresados por la Sala, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y Cúmplase.
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado

LUIS AGUSTO GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520180057101

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Pensión Ley 33 de 1985 – Intereses moratorios artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandado BANCO POPULAR S.A., contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LIBARDO MORENO LARA** en contra del **BANCO POPULAR S.A.**, con la vinculación de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

ANTECEDENTES

LIBARDO MORENO LARA instauró demanda ordinaria laboral en contra del BANCO POPULAR S.A., para que, se condene al demandado, al reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, consagrada en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, a partir del 2 de marzo de 2011, fecha en que cumplió los 55 años de edad, debidamente indexada, junto con los incrementos anuales pertinentes, las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, comenzó a laborar al servicio del Banco Popular, a partir del 10 de julio de 1974 y hasta el 30 de septiembre de 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Jefe de División del Banco, en la ciudad de Bogotá; que, devengó como último salario promedio mensual la suma de $5.137.128,33, sin incluir las primas convencionales; que, cumplió 55 años de edad el 02 de marzo de 2011, adquiriendo en esa fecha el estatus de pensionado.

Afirmó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 20 años de servicios en el Banco, siendo beneficiario del régimen de transición;

que, el 17 de diciembre de 2014, formuló reclamación ante el demandado, solicitando el reconocimiento de la pensión de jubilación, prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la cual le fue negada mediante comunicación del 07 de enero de 2017, por lo que, se le adeuda dicha prestación.

Refirió que, en el cuaderno de ventas elaborado por FOGAFIN, el Banco Popular, se comprometió a pagar las pensiones del personal antiguo, como él, mediante apropiación de $75.883.040.000, según cálculo actuarial de la reserva de pensiones de jubilación al 31 de diciembre de 1996, razón por la cual no pueden desconocer sus derechos; máxime cuando tuvo la calidad de trabajador oficial hasta el 20 de noviembre de 1996, fecha en la que según el Decreto 1979 del mismo año, el Banco se privatizó y contaba con 22 de años de antigüedad (fls. 3-15 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado **BANCO POPULAR S.A.**, dio respuesta con escrito visible a folios 56 a 66 (PDF), se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, respecto a los hechos aceptó la mayoría, aclarando que, el Banco no tiene a su cargo el pago de la pensión deprecada, pues, afilió al trabajador al ISS, y efectuó los aportes a su cargo, para los riesgos de IVM, teniendo el actor, cotizadas ante el RPM, 2.175,29 semanas. Propuso las excepciones de prescripción, subrogación del riesgo de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, inexistencia del derecho – inaplicabilidad del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y las demás que se prueben en el proceso y puedan ser declaradas de oficio por el Juez.

Por auto del 23 de octubre de 2019, el a-quo, ordenó la vinculación al proceso de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (fl. 329 PDF); quien contestó oportunamente la demanda, señaló que no le constaban la mayoría de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones e indicó que, el demandante, no tiene derecho a la pensión de jubilación reclamada, pues, conforme al artículo 128 de la Constitución Política, nadie puede devengar dos asignaciones provenientes del erario público y éste ya recibe pensión de vejez, reconocida por esa Administradora, mediante resolución SUB 79424 del 23 de marzo de 2018, para cuyo reconocimiento, fueron tenidas en cuenta las semanas cotizadas por el Banco Popular, correspondientes a los periodos 10 de julio de 1974 al 30 de septiembre de 2016. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajusto alguno, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 334-343 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 12 de julio de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al BANCO POPULAR S.A., a reconocer al demandante, la pensión de jubilación en cuantía mensual de $3.357.970, a partir del 01 de octubre de 2016, junto con el pago de $67.111.373 por concepto de retroactivo pensional, correspondiente a la diferencia entre la pensión de vejez y jubilación, respecto de las mesadas pensionales causadas desde el 01 de octubre de 2016 al 01 de marzo de 2018, sin que con posterioridad a esa fecha, exista mayor valor a su cargo; también condenó al BANCO POPULAR S.A., al pago de intereses moratorios, generados por las mesadas completas dejadas de cancelar entre el 01 de octubre de 2016 y el 01 de marzo de 2018, los cuales ascienden a la suma de $35.344.641 y, por los que se causen hasta el pago; declaró no probadas las excepciones propuestas; absolvió a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al BANCO POPULAR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada del demandado BANCO POPULAR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, de acuerdo a la naturaleza jurídica de esa Entidad, el actor, no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, reiterando que ese Banco, desde el inicio de la relación laboral, afilió al señor MORENO LARA, al Instituto de Seguros Sociales, por lo que, subrogó su obligación con el reconocimiento de la pensión de vejez que realizó COLPENSIONES; que, al no tener derecho a la pensión de jubilación, tampoco procede el reconocimiento del retroactivo pensional, ni los intereses moratorios, que por demás no aplican a la pensión de jubilación, ya que, no se trata de una prestación pensional de las previstas en la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia que dispuso lo contrario, no puede aplicarse de forma retroactiva al presente caso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandado BANCO POPULAR S.A., solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, indicando que, esa entidad, ostentó la condición de Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, asimilada a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por poseer el Estado Colombiano más del 90% de la propiedad accionaria, hasta el 21 de noviembre de 1.996, fecha a partir de la cual, mediante Escritura Pública 5901 del 4 de diciembre de 1996 de la Notaría 11 de Cali, adoptó la condición de sociedad comercial anónima de derecho privado y, por ende, sus trabajadores, incluyendo el demandante, adquirieron la categoría de empleados particulares; además que, para el 02 de marzo de 2011, cuando el actor, cumplió 55 años de edad, el contrato de trabajo no había finalizado, ni éste se retiró del servicio; que, el beneficio pensional reclamado por el demandante, se encuentra a cargo de COLPENSIONES, comoquiera que, en vigencia del vínculo laboral, se afilió al trabajador a esa Administradora, por lo que, no es el Banco el llamado a responder por ningún beneficio pensional, menos aún por el pago del

retroactivo pensional ordenado, ni los intereses moratorios concedidos, que no se causaron ni se pueden conceder, por no ser la pensión de jubilación, una prestación propia de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, no puede aplicarse el criterio expuesto en la sentencia C-601 de 2000.

COLPENSIONES, indicó que, debía confirmarse la sentencia apelada, alegando una falta de legitimación en la causa por parte de esa Administradora, en razón a que ninguna de las pretensiones incoadas, ni los fundamentos fácticos o de derecho de la demanda, se encuentran dirigidos a endilgarle responsabilidad alguna, siendo clara entonces la falta de prosperidad de cualquier declaración, orden o condena en la que se encuentre inmersa la actividad ejercida por ella.

El demandante, también pidió que se confirme la decisión de Primer Grado, no sólo por asistirle el derecho al reconocimiento y pago del beneficio pensional deprecado, sino porque son reiterados los precedentes jurisprudenciales, que, en casos similares, han reconocido a los trabajadores del Banco Popular S.A., la pensión de jubilación, independientemente del cambio de su naturaleza jurídica.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar si resulta o no acertada la decisión del a-quo, en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor del demandante y a cargo de la demandada, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

DE LA RELACIÓN LABORAL

Se encuentra plenamente establecido que el demandante, prestó sus servicios al BANCO POPULAR en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 10 de julio de 1974 y hasta el 30 de septiembre de 2016, ocupando como último cargo el de Jefe División Oficina, con una asignación básica mensual de $3.376.922; circunstancias de las que dan cuenta, entre otros medios probatorios, la forma asertiva como en parte se contestó la demanda (fls 56-66 PDF), la liquidación definitiva del contrato de trabajo (fls. 23-24 y 83-84 PDF), la copia del contrato de trabajo (fls. 69-71 PDF) y la certificación laboral obrante a folio 86 (PDF).

DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 33 DE 1985 A CARGO DEL BANCO POPULAR.

Alega el Banco accionado, que no le asiste derecho al demandante, al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación concedida en Primera

Instancia, comoquiera que, esa Entidad, afilió al trabajador al Instituto de Seguros Sociales, subrogando dicha obligación en esa Administradora, que, además, ya le otorgó la pensión de vejez.

Pues bien, sea lo primero señalar que no fue objeto de discusión por ninguna de las partes la circunstancia del tiempo de servicios del demandante, ni su edad, lo que de entrada le permite a la Sala, tener por demostrada la condición de beneficiario del régimen de transición, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que al haber ingresado a laborar a la demandada desde el 10 de julio de 1974 sin que se hubiese presentado solución de continuidad, evidentemente para el 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993, contaba con más de 15 años de servicio.

Refuerza la afirmación precedente, la numerosa jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en casos similares también contra la aquí demandada se ha pronunciado, entre ellos vale la pena distinguir la sentencia del 15 de febrero de 2011, con radicado 39137, en la que se indicó:

> *"De nuevo la Corte se refiere a la controversia que plantea el Banco Popular para la que se presentará idéntico pronunciamiento al que ha venido realizando en múltiples sentencias como en la de radicación 28.548 del 1º de agosto de 2006 en la que se expresó:*
>
> *"La Corte en sentencias reiteradas, en las cuales coincide como parte demandada la entidad bancaria, entre otras, las de 23 de Mayo de 2002 (Rad. 17.388), 11 de Diciembre de 2002 (Rad. 18.963) y 18 de Febrero de 2003 (Rad. 19440), ha considerado que si un trabajador oficial para el 1 de Abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se encuentra cobijado por el régimen de transición que regula el artículo 36 de dicha normatividad se le continúan aplicando los requisitos establecidos en el régimen anterior aunque en virtud de un hecho posterior se produzca la privatización de la entidad empleadora. Su condición jurídica no puede mutar por tal hecho posterior y por eso, una vez acredite los requisitos exigidos por la legislación aplicable a su especial situación para acceder a la pensión de jubilación, el trabajador tendrá derecho a su reconocimiento.*
>
> *"Por eso, esta Corporación en los pronunciamientos señalados anteriormente ha expresado lo siguiente:*
>
> *" ... Empero, ocurre que este caso presenta unas circunstancias diferentes a las del proceso en que se profirió el fallo que se rememora y al que acude el censor para la demostración de los cargos, como lo son que para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la aquí demandada era una entidad oficial sometida al régimen de la empresas industriales y comerciales del Estado y, por consiguiente, para esa fecha, el actor tenía la condición de trabajador oficial. Y esta situación implicaba, como lo analizó el Tribunal, que por darse los presupuestos exigidos por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, éste quedó cobijado con el régimen de transición pensional que regula tal precepto, y que en lo pertinente dispone:*
>
> *"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento al (sic) entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos*

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

"Y ese régimen anterior, para el aquí demandante, no es otro que el regulado por la Ley 33 de 1985, o sea, como lo concluyó el juzgador, que éste tiene derecho a la pensión de jubilación desde el momento que cumplió 55 años de edad y 20 de servicios, la que debe ser cubierta por la entidad empleadora y demandada, ya que, en primer lugar, la Ley 100 de 1993 le otorgó ese derecho y, en segundo término, la afiliación a los Seguros Sociales en tratándose de trabajadores oficiales antes de la vigencia de la aludida ley, no tenía la virtualidad de subrogar totalmente al empleador en ese riesgo. Al respecto la Corte desde la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, sostiene:

"(...) en vigencia de la normatividad precedente a la Ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesa de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez ..." (Rad.20114).

Entonces, se tiene por acreditado además de la condición de beneficiario del régimen de transición del demandante, que la subrogación de los riesgos de I.V.M no operó de forma total frente a los servidores públicos vinculados como trabajadores oficiales con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, en el presente caso, por cuanto el actor estaba vinculado desde el 10 de julio de 1994, claro es para la Sala, que, para el 22 de noviembre de 1996, fecha en la que mutó la naturaleza jurídica de oficial a privada del Banco, contaba con 22 años, 4 meses y 12 días como trabajador oficial, excediendo así los 20 años de servicios que se requieren como trabajador oficial para acceder a la pensión reclamada. Ello de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que le es aplicable en virtud del régimen de transición, y que en lo pertinente preceptúa:

"ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la

edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno…"

Y es que en nada interesa para el caso bajo examen, si el demandante continuó laborando para la entidad bancaria demandada con posterioridad a su privatización, ya que lo que prevalece es que antes de producirse aquella, prestó sus servicios por un lapso superior a 20 años como trabajador oficial, superando de esta manera el requisito de tiempo estipulado en la norma, para acceder a este derecho pensional.

En este orden de ideas, los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada, en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Igualmente se opone la parte demandada, al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, considera que estos no operan para la pensión de jubilación prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Cierto es, como lo refiere la entidad recurrente, que en un principio la Jurisprudencia laboral consideraba que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, únicamente procedían frente a pensiones reconocidas íntegramente con base en las normas de dicha Ley; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 03 de junio de 2020, con radicación 75127, rectificó aquel criterio, precisando que estos aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia de este. En tal sentido, dijo esa Corporación:

"3. Las pensiones del régimen de transición hacen parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único y universal denominado «sistema general de pensiones». En este sentido, el artículo 15 del citado estatuto de seguridad social prescribe que son afiliados obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, sea que se incorporen por primera vez a la fuerza laboral, o ya sea que estuvieran laborando con anterioridad.

Ahora bien, frente a ciertos segmentos de la población que tuvieran una proximidad a pensionarse –por edad o tiempo de servicios- de acuerdo con las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización, y monto de la pensión, dejando claro que «las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley».

De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la

edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

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

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

Para ahondar en razones, el artículo 11 de la citada ley dispone que las pensiones reguladas integralmente por normas anteriores son aquellas adquiridas con antelación «a la fecha de vigencia de esta Ley». En otras palabras, las pensiones obtenidas después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, sea en virtud del régimen de transición o según las reglas de la pensión ordinaria de vejez, se entienden incluidas en este sistema, con todo lo que ello implica en materia de convalidación de tiempos, instrumentos de financiación (cálculos actuariales, los bonos pensionales o las cuotas partes pensionales), topes pensionales, reajustes, ingreso base de liquidación, causación de intereses moratorios, entre otras materias.

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

En consecuencia, no erró el Juez de Primera Instancia, al conceder en favor del demandante, los intereses moratorios mencionados, pues la pensión concedida a su favor es de estirpe legal, Ley 33 de 1985, y fue concedida en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **LIBARDO MORENO LARA** en contra del **BANCO POPULAR S.A.**, con la vinculación de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandado BANCO POPULAR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502620190011 7-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Contrato de trabajo – indemnización por despido sin justa causa – Indemnización moratoria artículo 65 del CST.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ HERRERA** en contra de **GEHUTEMP S.A.S**.

ANTECEDENTES

MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ HERRERA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de GEHUTEMP S.A.S., para que, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador; y, en consecuencia, que, se condene a la demandada, al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria por falta de pago de la liquidación de salarios y prestaciones adeudados; la indexación de todas aquellas sumas que no constituyen salarios ni prestaciones sociales; que, se condene a GEHUTEMP S.A.S., a pagar lo que resulte probado ultra y extra petita, así como al pago de las costas y gastos del proceso incluidas las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 29 de enero de 2018, suscribió un contrato de trabajo con GEHUTEMP S.A.S., por obra o labor, para desempeñar el cargo de nutricionista en el Centro Penitenciario la Picota, pactando como salario la suma de $2.461.000; que, en el contrato de trabajó se estipuló que la empresa usuaria, sería la Unión Temporal Alimentando América S.A.S.

Indicó que, mediante comunicación del 31 de enero de 2018, la demandada, le dio por terminado el contrato de trabajo, pese a que el cargo de nutricionista en el Centro Penitenciario La Picota, aún continua vigente; además que, finalizado el vínculo laboral, no se le cancelaron las prestaciones sociales correspondientes a 2 días de servicio, por lo que, reclamó a la demandada, en el 2018, por escrito y a través de llamadas telefónicas y nuevamente el 21 de enero de 2019 mediante derecho de petición y, el 22 de enero de 2019, recibió una transferencia bancaria a su cuenta de Bancolombia, por la suma de $185.130 (fls. 2-9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **GEHUTEMP S.A.S.**, mediante escrito visible a folios 26 a 62, dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma; en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la existencia de contrato de trabajo, los extremos, cargo y salario de la actora; aclarando que la terminación del contrato de trabajo de la demandante, se produjo el 31 de enero de 2018, por solicitud escrita de la usuaria Unión Temporal Alimentando América, quienes hasta el 23 de julio de 2018, prestaron servicios de alimentación con destino a la población privada de la libertad en los Establecimientos Penitenciarios a cargo de la USPEC; además que, la liquidación final de prestaciones sociales de la trabajadora, quedó procesada desde la terminación del vínculo laboral, pero no pagada, ya que ésta no había realizado la apertura de una cuenta de nómina, lo que generó que no se realizara el pago de manera inmediata. Propuso la excepción de inexistencia del derecho al pago de la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2020, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y GEHUTEMP S.A.S., del 29 al 31 de enero de 2018; condenó a la demandada al pago de $14.191.766 por concepto de despido sin justa causa, la cual debe ser indexada al momento de su pago; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La **parte actora**, señaló que, el simple hecho de no haberle cancelado a la trabajadora, a la terminación del contrato de trabajo, sus acreencias laborales, genera el reconocimiento de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; que, la demandada, no puede escudarse en un error cometido por un tercero

para justificar el no pago de la liquidación de prestaciones, más aún cuando la empresa accionada, era conocedora del número de cuenta de nómina de la actora en Bancolombia, o bien pudo haber efectuado el pago de la misma a través de depósito judicial, sin embargo, no lo hizo.

GEHUTEMP S.A.S., indicó que, la indemnización por despido injusto no hizo parte de las pretensiones de la demanda; que, en el contrato de trabajo por obra o labor, claramente quedó establecido que el mismo terminaría con la simple manifestación de la Empresa Usuaria, porque la Empresa de Servicios Temporales, no puede conocer en qué momento se produce la terminación de la obra o labor, ni mucho menos constatar que efectivamente se produjo su finalización.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandada, solicitó absolver a GEHUTEMP S.A.S., del pago de la indemnización por despido sin justa causa, toda vez que esa pretensión no hizo parte del debate procesal ni probatorio, sino que, erradamente la a-quo, decidió sancionarla porque supuestamente no se había logrado demostrar que la terminación de la labor contratada había finalizado con la empresa usuaria, dejando de lado que durante todo el debate procesal no había surgido de ninguna manera lo relacionado a la terminación del contrato, todo lo contrario, el acervo probatorio, los argumentos de la defensa e incluso las pretensiones de la demanda estaban encaminadas únicamente en determinar si existió o no una mala fe en el pago de la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, que como quedó plenamente probado la mala fe no existió por parte de mi representada, de ahí que, también pide ratificar la absolución relacionada con la indemnización moratoria deprecada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandada, la Sala, deberá establecer, si resultó o no acertada la decisión de la a-quo, al condenar a la accionada, al pago de la indemnización por despido sin justa causa; y, si procede o no imponer a GEHUTEMP S.A.S., condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, mediante contrato de trabajo por obra o labor, vigente entre el 29 y 31 de enero de 2018, en virtud del cual, la actora se desempeñó como

nutricionista en misión, para la Unión Temporal Alimentando América S.A.S., en el Establecimiento Penitenciario La Picota (fls. 14-16, 27, 63-66).

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Alega la parte demandada en su recurso, que la terminación del contrato de trabajo de la actora, se produjo por la finalización de la labor para la cual fue contratada; y que, no fue una pretensión de la demanda, el pago la indemnización por despido sin justa causa, por lo que, la a-quo, no debió imponerle dicha condena, cuando no hizo parte del debate probatorio.

Al respecto, sea lo primero indicar que, contrario a lo expuesto por la parte accionada, el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, sí fue una de las pretensiones de la demanda (fl. 4), debidamente sustentada en los hechos de la misma (hecho séptimo fl.3) y, respecto de la cual pudo GEHUTEMP S.A.S., ejercer su derecho de contradicción y defensa (fl. 56); por lo que, no resulta válido para la Sala, el argumento de la pasiva, respecto al desconocimiento de dicha petición, que se reitera, sí fue objeto de discusión en el litigio.

Ahora, en cuanto a la procedencia o no de la indemnización por despido sin justa causa, se debe señalar que, el artículo 45 del CST, establece como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por *«el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada»*, en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado; de forma tal que, concluida la labor o obra contratada, termina el contrato de trabajo, como se establece en el literal d) del numeral 1 del artículo 61 del CST, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.

En el presente caso, establecido como se encuentra el despido de la actora, corresponde a la Sala estudiar la justa causa esgrimida por el empleador, para terminar la relación laboral, esto es, la finalización de la obra o labor contratada, pues, son reiterados los pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina, respecto a que el trabajador, debe demostrar el despido, mientras que, a la demandada, le corresponde acreditar la justa causa del mismo, debiendo, el empleador, comunicar con precisión, los hechos que soportan la decisión de dar por terminado el vínculo laboral, por dos motivos, *"uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo que consiste en la imposibilidad de aducir con posterioridad causales o motivos diferentes y, otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas"* (Sala de Casación Laboral, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicación 38872).

En el presente caso, de acuerdo con la cláusula segunda, del contrato de trabajo las partes pactaron que su duración sería *"por el tiempo estrictamente necesario, determinable por el EMPLEADOR o por el USUARIO para los TRABAJADORES en misión. En consecuencia este contrato terminará en el momento en que el*

EMPLEADOR deje de requerir los servicios del TRABAJADOR o que el usuario comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR EN MISION, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna al TRABAJADOR. En todo caso la quinta parte del tiempo por el cual fue contratado el TRABAJADOR son el periodo de prueba y por consiguiente cualquiera de las partes puede terminarlo unilateralmente, sin previo aviso y sin lugar a indemnización" (fls.14 y 63).

Igualmente, al plenario se allegó, comunicación de fecha 31 de enero de 2018, de la Unión Temporal Alimentando América, dirigida a GEHUTEMP S.A.S., informando que *"…la operación ha tenido algunas modificaciones dentro de los servicios al interior del Establecimiento. Me permito solicitar la terminación del contrato laboral por Obra o Labor a fecha 31 de enero de 2018 de la Sra. MARIA DEL CARMEN HERNÁNDEZ HERRERA …"* (fl. 65); también obra la carta enviada por la demandada, a la demandante, indicando que *"…de acuerdo con el contrato de DURACION POR LA OBRA O LABOR CONTRATADA, suscrito el 29 de enero de 2018, damos por terminado su contrato a partir de la terminación de sus laborales el día 31 de enero de 2018, por motivos de Terminación de obra, por lo tanto, el tiempo determinado para el desarrollo de su función ha finalizado"* (fls. 27 y 66).

Por su parte, al absolver interrogatorio, el representante legal de la demandada, indicó que, la terminación del vínculo laboral con la demandante, se produjo cuando estaba en periodo de prueba como consta en el contrato laboral; que, esa Empresa es una temporal, que traslada su personal a empresas usuarias y en el caso de la actora, la empresa usuaria determinó la terminación dentro del plazo pactado; que, la señora HERNÁNDEZ HERRERA, trabajó 2 días con la usuaria, escribió una carta haciendo varias denuncias, acusando a personas que trabajaban dentro de un Centro Penitenciario, donde prestaba sus servicios, pero no aportó ninguna prueba de si dicho, entonces la Unión Temporal, lo que dijo fue que, era claro que la actora, no quería trabajar allá por las irregularidades que manifestó, no tuvo empatía con su jefe, haciendo acusaciones de alta gravedad, como si llevara en el sitio muchos años, y estando en periodo de prueba lo mejor era finalizar la relación de trabajo; reconoció que, en la carta de terminación del vínculo laboral se adujo como causa la finalización de la obra contratada, porque siendo esa demandada, una temporal, ese es un proceso general o formato que usa e personal de Recursos Humanos; sin embargo, hay otras cartas donde se informa lo que realmente sucedió, a tal punto que la actora, estuvo en la oficina y rindió unos descargos ante la persona encargada de la Empresa, entonces la carta de terminación del contrato de trabajo sólo fue una generalidad; que, el pago de las acreencias laborales de la actora, se realizó un año después, porque la persona encargada de realizar la liquidación, colocó la anotación de pago, luego llegó otra trabajadora a ocupar ese puesto y asumió que efectivamente se había cancelado a la demandante, pero no había sido así, porque ella, nunca informó el número de cuenta bancaria; además, tampoco la actora, efectuó ningún reclamo durante un año y una vez la Empresa, se enteró de esa situación procedió al pago inmediato de las acreencias laborales adeudadas.

También declararon en el proceso, MARÍA LILIANA CUBILLOS GONZÁLEZ, quien dijo haber trabajado como Directora Administrativa y de Gestión Humana, en la Unión Temporal Alimentando América, de agosto de 2017 a septiembre de 2018, no conoce a la demandante, pero sabe que fue contratada por la Unión Temporal, mediante contrato por obra o labor; que, trabajó 2 días, y se le dio terminación por la finalización de la obra, además la administradora que la UT, tenía en La Picota, solicitó la terminación, por un tema de no adaptación y comentarios malintencionados de la trabajadora, acerca del manejo que la Unión tenía en el Establecimiento Penitenciario; dijo que a la actora no se le cancelaron las prestaciones sociales oportunamente, por un inconveniente de la Temporal con la persona que estaba a cargo en el proceso de nómina, quien se retiró y cuando llegó la nueva encargada, en la liquidación decía que ya estaba pagada, entonces no le hicieron el pago oportuno; explicó el procedimiento para dar por terminados los contratos de trabajadores en misión, dijo que, se recibía la solicitud por parte del área correspondiente, se gestionaba un paz y salvo que se enviaba a la Temporal y ellos de manera inmediata procesaban la liquidación del trabajador; que, mensualmente se procesaban entre 70 y 100 liquidaciones; que, en la Unión Temporal, no se recibió por parte de la actora, luego de la finalización del vínculo laboral, ninguna reclamación por el no pago de la liquidación final de prestaciones sociales.

LEYDI STEPHANIA LAGUADO GUARÍN, indicó haber trabajado para la demandada, desde el 08 de febrero de 2018 hasta marzo de 2019, sabe porque escucho que, que antes de ingresar a la Empresa, se presentó un problema con la demandante, y que sólo trabajó 2 días; que la testigo asumió el puesto como asistente de Recursos Humanos, pero la persona que estaba anteriormente no había dejado ninguna instrucción, ni nada ordenado, ella encontró las liquidaciones de enero de 2018, el Gerente de GEHUTEMP S.A.S., le pidió que las liquidaciones pagas las subiera a un cuadro control que llevaba la empresa, entonces trasladó la información física al Excel, incluyendo la liquidación de la actora, porque decía "*ok ya paga*", y sólo en diciembre de 2018, cuando la actora, se acercó a la empresa para informar que no le habían cancelado su liquidación, ella la atendió y procedió a realizar las averiguaciones correspondientes en el área de contabilidad, para buscar el soporte de pago, que no se encontró, por lo que, le informó a su jefe de esa situación y éste autorizó el pago de manera inmediata; dijo no tener conocimiento que la actora, haya reclamado con anterioridad; que, la señora Sandra, de contabilidad, le informó que a la demandante, sí se le envió un correo para realizarle el pago; que, la consignación se realizó en una cuenta de Bancolombia, que se encontró luego de revisar unos papeles de la demandante, porque ella no tenía una cuenta bancaria registrada.

De las pruebas antes señaladas se puede establecer que, el verdadero motivo de terminación del contrato de trabajo de la demandante, fue un altercado con su jefe y las presuntas irregularidades que la actora, denunció frente al manejo de su labor en el Establecimiento Penitenciario La Picota; más no la finalización de la obra o labor para la cual había sido enviada en misión a la Unión Temporal Alimentando América, como se expuso en la carta de terminación del vínculo laboral, hecho que por demás no se probó en el plenario; por lo que, la

terminación de la relación laboral, sí devino en injusta y, en consecuencia, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al imponer la indemnización por despido sin justa causa; más aún cuando el posible despido de la trabajadora, por encontrarse en periodo de prueba, que insinuó el representante legal de la demandada, al absolver interrogatorio de parte, tampoco fue expuesto en la carta de terminación del contrato de trabajo, ni en el escrito de contestación de demanda, siendo un hecho nuevo, no discutido en el debate probatorio.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA - ARTÍCULO 65 CST

De otra parte, la actora manifestó su inconformidad, al no haberse reconocido a su favor la indemnización moratoria, pese a que en el plenario quedo demostrado el no pago oportuno de la liquidación de prestaciones sociales, el cual se produjo un año después de la terminación del vínculo laboral.

En lo que interesa a la indemnización moratoria, el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece esta sanción, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, caso en el cual deberá pagar al trabajador, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si trascurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato, el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no hay un pronunciamiento judicial al respecto, se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas; salvo, para los trabajadores que devenguen sólo un salario mínimo legal mensual vigente, quienes recibirán como indemnización moratoria un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se acredite el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas por el empleador.

En el caso bajo estudio, señaló la parte de demandada, que, por un equivocación de la persona encargada de liquidar el contrato de trabajo de la actora, se registró en el control de la Empresa, el pago de la misma, sin que efectivamente ésta se le hubiese cancelado a la trabajadora, hecho que ratificó la testigo LEYDI STEPHANIA LAGUADO GUARÍN, quien reemplazó a la asistente de Recursos Humanos, que cometió la equivocación, dijo que cuando llegó a ocupar el cargo, el documento que contenía la liquidación de la demandante, decía *"ok ya paga"*, entonces ella la subió a un cuadro de Excel, que maneja la Empresa y sólo un año después, cuando la demandante, se presentó a reclamar, ella tuvo la oportunidad de verificar con el área de contabilidad, que, no había soporte del pago, lo que informó a su jefe, quien inmediatamente ordenó consignar el valor de los derechos laborales adeudados a la demandante.

Así las cosas, al no observarse elementos de juicio que permitan endilgar mala fe de la demandada, puesto que ella siempre creyó que se había cancelado el valor de la liquidación final de prestaciones sociales a la demandante, de forma oportuna; considera la Sala, igualmente acertada la decisión de la a-quo, en

cuando absolvió a la demandada, del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; debiendo entonces confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante y la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ HERRERA** en contra de **GEHUTEMP S.A.S.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del demandante y de $1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
SALVO VOTO

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502120180014901

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Pensión Sanción Ley 171 de 1961.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada FONCEP, en contra de la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAÚL HERNANDO VÁSQUEZ RODRÍGUEZ** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, con la vinculación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

RAÚL HERNANDO VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral contra el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, para que, se ordene el pago de la pensión sanción por más de 10 años de servicio y despido sin justa causa, así como por los valores que se causen hacia futuro, teniendo en cuenta los salarios mínimos legales mensuales vigentes devengados durante su último año de servicios; que, se ordene el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la prestación reclamada; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, laboró durante más de 10 años, en la Empresa Distrital de Servicios Públicos - EDIS; que, Bogotá D.C., asumió las obligaciones de la EDIS y el FONCEP, se hizo cargo de las obligaciones pensionales de los extrabajadores de dicha Empresa; que, agotó la vía gubernativa y obtuvo una respuesta negativa por parte del Fondo demandado (fls. 2-4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, mediante escrito a folios 15 a 21, dio contestación en término a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos, salvo lo relacionado con la vinculación del demandante a la extinta EDIS; aclarando que, a la terminación del contrato de trabajo del actor, se dispuso el pago de una indemnización; además, una vez reclamó ante ese Fondo, la pensión sanción que ahora pretende, mediante resolución DG-0198 del 23 de marzo de 2017, se ordenó el reconocimiento y pago de un bono pensional a su favor y a órdenes de la AFP PORVENIR S.A. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva, prescripción de la acción – prescripción de las mesadas pensionales y la genérica.

Adicionalmente propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, por lo que, atendiendo lo solicitado, mediante auto del 15 de marzo de 2019, la Juez de Instancia, ordenó la vinculación al proceso de la **AFP PORVENIR S.A.**, quien contestó oportunamente la demanda; dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la misma, por estar dirigidas a una Entidad ajena a esa Administradora. En cuanto a los hechos, indicó no constarle ninguno de ellos; refirió que el actor, se encontraba afiliado a esa AFP, desde el 01 de abril de 1995, proveniente de COLPENSIONES. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, de reconocimiento de la pensión sanción por ausencia de los requisitos establecidos en la ley, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (fls. 51-55).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2020, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el demandante, tenía derecho a que BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE HACIENDA representada por el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, le reconozca la pensión sanción, bajo los parámetros normativos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 06 de diciembre de 2016, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente que correspondía a $689.455, con los reajustes de ley, a razón de 14 mesadas al año y así lo ordenó; condenó al FONCEP a cancelar a favor del actor, la suma de $33.293.407 por concepto de retroactivo causado entre el 06 de diciembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, el cual deberá ser indexado desde que se hizo exigible cada mesada y hasta que se efectué su pago; autorizó al FONCEP, a descontar del retroactivo pensional los valores destinados a salud, que deberá cancelar a la EPS donde se encuentre afiliado el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por

el FONCEP; absolvió a la AFP PORVENIR S.A.; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión por ausencia de los requisitos establecidos en la ley propuesta por la AFP PORVENIR S.A.; condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el demandado FONCEP, interpuso recurso de apelación, argumentando que, si bien es cierto que el despido fue legal, pero no justo, no es menos cierto, que los aportes del demandante, que reposaban en el Fondo de Pensiones Públicas de esa Entidad, fueron enviados a la AFP PORVENIR S.A., lo que haría insostenible el Sistema Pensional, con la ausencia de esos recursos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte demandada, reiteró su solicitud para que se revoque la decisión de Primera Instancia, pues, el demandante, solicitó el valor del bono pensional, que ya fue emitido, para financiar una prestación económica reconocida por una Administradora privada de pensiones; además, tampoco tiene derecho a la pensión sanción reclamada, toda vez que finalizó su vínculo laboral el día 01 de octubre de 1992, como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Servicios Públicos EDIS, y tal como se ha expresado por la jurisprudencia, tal liquidación y supresión de empleos se produce como consecuencia, de la modernización del Estado, y la adecuación a los fines esenciales del mismo y el consecuente mejoramiento del servicio, así pues, el despido del trabajador, no puede entonces devenirse en injusto, cuando seguía parámetros constitucionales superiores.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandado, la Sala, deberá determinar si resulta ajustada o no la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto concedió al demandante la pensión sanción deprecada, pese a que el FONCEP, expidió bono pensional a órdenes de la AFP PORVENIR S.A., por el tiempo que el trabajador, prestó sus servicios a la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Está probado que el demandante, laboró en la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, D.C, del 02 de febrero de 1981 al 01 de octubre de 1992, como se admitió en la demanda y se ratifica con la documental obrante en el CD de folio 34.

DE LA PENSIÓN SANCIÓN Y EL BONO PENSIONAL

Alega el demandado en su recurso que no es posible el reconocimiento de la pensión sanción a favor del demandante, comoquiera que, esa Entidad ya expidió el bono pensional tipo A, correspondiente a todo el tiempo laborado por el actor, en la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS.

Al respecto, sea lo primero señalar que, no se discutió ni fue objeto de inconformidad en la alzada, la terminación del contrato de trabajo del demandante, de forma unilateral, por parte de su empleador, debido a la supresión y liquidación de la extinta Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS; de ahí que, aunque existía una causa legal de terminación del contrato de trabajo no hubo justa causa de despido lo que implica que la demandada debe correr con las consecuencias indemnizatorias del acto. En esta forma se ha pronunciado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral. En consecuencia, queda establecido que el despido del demandante fue injusto. De otra parte, para la fecha en que fue despedido, el actor, tenía más de 10 años de servicio, razón por la cual se configuran los presupuestos de hecho consagrados por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, es decir, el despido injusto y un tiempo de servicio superior a 10 años, que lo hacen beneficiario de la pensión sanción establecida en dicha norma.

Ahora, respecto a la expedición del bono pensional a favor del demandante, por sus servicios a la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS, y cuyo pago realizó el demandado, a la AFP PORVENIR S.A., considera la Sala, que, ese hecho, de manera alguna puede subrogar o reemplazar unilateral y arbitrariamente, el reconocimiento de la pensión sanción que se causó con el despido injusto del trabajador; además, tampoco se encuentra acreditado en el proceso que la AFP mencionada, haya reconocido al señor Vásquez Rodríguez, derecho pensional alguno, para concluir que el bono contribuyó a financiar la pensión de vejez del accionante; y, en todo caso, éste no sería el escenario para resolver la posible discusión entre las Administradoras de pensiones, en cuanto a la devolución al FONCEP de los dineros correspondientes al bono pensional; razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada, al encontrarse plenamente demostrado que el actor es beneficiario de la pensión sanción deprecada.

Costas en la alzada a cargo del recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **RAÚL HERNANDO VÁSQUEZ RODRÍGUEZ** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, con la vinculación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandado FONCEP. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo, a cargo del FONCEP. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503120200016l-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Sobrevivientes.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCION S.A., y la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, en contra de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, con la intervención de **ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ**, **VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN** y **ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA**.

ANTECEDENTES

MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCION S.A., para que, en su condición de compañera permanente supérstite del señor GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, se declare que es la beneficiaria de la pensión de sobreviviente del causante; y, en consecuencia, se ordene a la AFP demandada, cancelar a su favor la sustitución pensional, debidamente indexada o ajustada con base al IPC *"o al por mayor"*, junto con los intereses moratorios, el retroactivo pensional, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, GERARDO GUIZA RODRIGUEZ, nació el 25 de mayo de 1961 y trabajó para la empresa TRANSPORTES FONTIBON S.A., desde 1996 y hasta 2012, así como para la ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE del 2012 al 2013; que, durante toda su vida laboral, cotizó al Sistema General de Pensiones, a través de la demandada PROTECCION S.A.

Refirió que, fue afiliada por el causante, en calidad de compañera permanente, como su beneficiaria, en SALUD TOTAL EPS y, según declaración juramentada de no capacidad de pago, que hiciera el señor GUIZA RODRIGUEZ, informando que no podía continuar cotizando al Sistema General de Salud, también la reconoció allí como su dependiente económico; que, el causante, falleció el 01 de mayo de 2014, por cáncer; razón por la cual el 26 de mayo de 2016, se presentó a reclamar a la Administradora accionada, de la cual sólo obtuvo respuesta el 05 de febrero de 2018, informándole que se había presentado solicitud de pensión por otra beneficiaria, con igual o mejor derecho, Verónica Vanessa Guiza Pirazan, hija del afiliado, por lo que debía acudir a la Justicia Ordinaria, para obtener el reconocimiento de la prestación pensional.

Indicó que, también mediante comunicación del 05 de febrero de 2018, le fue informado el reconocimiento a favor de su hija ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, del 25% de la pensión de sobrevivientes (Archivo 000 PDF).

Por auto del 06 de julio de 2020, se admitió la demanda y se ordenó la vinculación al proceso de ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ y VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN, como hijas del causante (Archivo 002 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A**., ni se opuso, ni se allanó a las pretensiones de la demanda, al corresponder a la jurisdicción Ordinaria, dirimir quién es la beneficiaria de la prestación económica deprecada; en cuanto a los hechos, dijo no constarle o no ser ciertos la mayoría, salvo los relacionados con la afiliación y fallecimiento del causante, así como las reclamaciones hechas por la actora a esa Administradora y las respuestas dadas a las mismas. Propuso las excepciones de imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe por parte de la demandada, prescripción y la genérica (Archivo 004 PDF).

Mediante decisión del 19 de agosto de 2020, la Juez de Instancia ordenó la vinculación al proceso de la señora ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, como cónyuge supérstite del fallecido (Archivo 005 PDF).

Por auto 28 de octubre de 2020, se dio por no contestada la demanda, por parte de la vinculada VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN (Archivo 011 PDF).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Notificada la interviniente **ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA**, presentó demanda de reconvención, para que, se ordene a PROTECCION S.A., el reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes a su favor,

teniendo en cuenta que las hijas del causante ya son mayores de edad, y Angely Lized Guiza Gómez, no demostró estar incapacitada para trabajar por razón de los estudios; que, se paguen las mesadas debidamente indexadas, junto con los intereses moratorios desde el 05 de febrero de 2018, fecha en la que se suspendió el 50% que estaba recibiendo.

Señaló que, nació el 10 de agosto de 1959; que, contrajo matrimonio por el rito católico con el señor GERARDO GUIZA RODRIGUEZ, el 17 de marzo de 1979, vínculo en el cual procrearon 5 hijos, María Constanza Guiza Pirazan, nacida el 12 de noviembre de 1979, Daniel Gerardo Guiza Pirazan, nacido en 1983 y fallecido el 27 de diciembre de 2016, Johanna Hasbleydi Guiza Pirazan, quien nació el 10 de agosto de 1985, Ana Katherinne Guiza Pirazan, nacida el 11 de mayo de 1991 y Verónica Vanessa Guiza Pirazan, cuya fecha de nacimiento es el 01 de noviembre de 1998.

Manifestó que, en vigencia del matrimonio, apoyó al causante, económica, social y moralmente, y cuando éste no pudo continuar trabajando por la cirrosis que padecía, ella lo afilió como su beneficiario en Salud, a la NUEVA EPS; que, en el año 2006, de común acuerdo ella y el señor GERARDO GUIZA RODRIGUEZ, decidieron liquidar y disolver la sociedad conyugal, mediante Escritura Pública 2482 del 21 de septiembre de 2006 de la Notaria Cuarenta y Nueve del Círculo de Bogotá.

Que, el causante, falleció en casa de su progenitora, la señora Rosa Elvira Rodríguez de Guiza y, fue ella, Ana Beatriz Pirazan, quien cubrió los gastos funerarios; que, PROTECCION S.A., mediante comunicación del 01 de julio de 2016, le reconoció la pensión de sobrevivientes en un 50% para ella, como cónyuge supérstite y el otro 50%, como representante de su hija Verónica Vanessa Guiza Pirazan; sin embargo, el 05 de febrero de 2018, PROTECCION S.A., le suspendió el pago de la mesada pensional, debido a la solicitud presentada por otra beneficiaria; que, Verónica Vanessa Guiza Pirazan y Angely Lized Guiza Gómez, hijas del causante, son mayores de edad y ésta última no ha demostrado incapacidad para trabajar por razón de sus estudios (Archivos 010 y 15 PDF).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCION

PROTECCION S.A., en los mismos términos de la contestación a la demanda principal, dijo no oponerse, ni allanarse a las pretensiones de la interviniente; en relación con los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con los actos de reconocimiento y suspensión del derecho pensional. Solicitó que, en el evento en que se le reconozca el derecho pensional a la señora MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, en su calidad de compañera permanente del afiliado fallecido, se condene a la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, a devolver a la actora principal, los dineros que hubiere recibido de más por esta prestación o en la proporción que corresponda. Propuso las excepciones de imposibilidad de reconocer la pensión por falta de

competencia, buena fe por parte de la demandada, prescripción y la genérica (Archivo 017 PDF).

ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, se allanó a las pretensiones de la demanda principal, relacionadas con el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes a favor de su progenitora, la señora MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA; se opuso las pretensiones de ANA BEATRIZ PIRAZAN, por no cumplir con los requisitos para ser beneficiaria del derecho deprecado; en cuanto a los hechos de la demanda de reconvención, dijo no ser ciertos o no constarle los mismos. No propuso excepciones (Archivos 027 y 29 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a PROTECCIÓN S.A., a reconocer y pagar a la demandante MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, la pensión de sobrevivientes, generada por el fallecimiento de GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, en calidad de compañera permanente del causante, la cual deberá cancelar por efectos de prescripción, a partir del 05 de febrero de 2015, en cuantía de un 50% del SMLMV, retroactivo pensional que liquidado desde el 05 de febrero de 2015 y hasta el 31 de agosto de 2021, asciende a la suma de $32.900.737; condenó a PROTECCION S.A., a reconocer y pagar a ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, en calidad de hija con derecho, del causante GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, la pensión de sobrevivientes, entre el 01 de mayo de 2014 y el 18 de abril de 2017, en un 25% de un SMMLV, y a partir del 18 de abril de 2017 y hasta el 31 de agosto de 2021, fecha de la sentencia, en un 50%, arrojando por concepto de retroactivo pensional a su favor, la suma de $29.659.205, montos respecto de los cuales PROTECCION S.A., podrá descontar los valores ya cancelados.

También condenó a PROTECCION S.A. y a la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN, al pago de las costas del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de PROTECCION S.A. y ANA BEATRIZ PIRAZAN, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A., indicó que, no se tuvo en cuenta que la señora MARIA ISABEL GOMEZ CABRERA, no demostró el inicio del término de convivencia con el causante, de manera clara; que, la reclamación presentada por ésta, se hizo en calidad de madre y no como compañera permanente del causante; que, no se autorizó a esa Administradora, a realizar los descuentos en Salud, como lo ordena la ley, ni se refirió a los descuentos que podría hacer la AFP, respecto de las mesadas canceladas a la señora Verónica Vanessa Guiza Pirazan; que, en la contestación de la demanda, se solicitó ordenar la devolución de los dineros cancelados a ANA BEATRIZ PIRAZAN, los cuales se deben reconocer a

su favor, pues, esa accionada hizo incurrir en error a PROTECCION S.A., para reconocerle un derecho pensional que no le asistía.

ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, manifestó que, contrario a lo indicado por la a-quo, en cuanto que ésta no probó la convivencia con el causante, del interrogatorio de parte, absuelto por ella, se puede extraer tal situación, sin que, por el hecho de no haberse extendido en sus respuestas, se deba entender que no demostró su condición de cónyuge supérstite, la convivencia mínima con el fallecido y la vigencia del vínculo matrimonial hasta el fallecimiento de aquel.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, las intervinientes ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA y VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN, solicitaron revocar la sentencia apelada y concederle la pensión de sobrevivientes a la señora PIRAZAN FARASICA, como cónyuge supérstite del causante, con quien éste convivió desde su matrimonio el 17 de marzo de 1979 y hasta tres meses antes de su fallecimiento, cuando el señor GERARDO GUIZA, voluntariamente decidió vivir en la casa de la señora madre, dejando de lado la convivencia simultánea que el causante tenía con su cónyuge ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA (vínculo existente en virtud del matrimonio durante 27 años) y con su compañera permanente MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA (vínculo que jamás fue declarado).

PROTECCION S.A., indicó que, la Señora María Isabel Gómez Cabrera no demostró el inicio y el término de la convivencia de manera clara, esto, teniendo en cuenta la deficiencia probatoria de la documental allegada al proceso por la demandante y adicionalmente las afirmaciones hechas por esta al momento de presentar la reclamación ante PROTECCIÓN S.A; que, el reconocimiento de la pensión a favor de la Señora María Isabel Gómez, cuando ella solicitó el mismo ante PROTECCIÓN S.A., no se dio toda vez que la misma la hizo en calidad de madre de la Señora Angely Lized Guiza Gómez, mas no como compañera del causante; y que, se debe revisar y analizar la situación de la Señora Ana Beatriz Pirazan, quien hizo incurrir en error a la AFP PROTECCIÓN S.A., obteniendo, el pago de la prestación a la que realmente no tenía derecho.

Finalmente, MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, solicitó confirmar la decisión de Primera Instancia, pues, de las pruebas allegadas al plenario y practicadas en el curso del proceso, se logró demostrar que las únicas beneficiarias de la pensión de sobreviviente, a causa de la muerte del afiliado Gerardo Guiza, son ella, como compañera permanente y su hija Angely Lized Guiza, en su condición de hija mayor de 18 años y hasta los 25 años, incapacitada para trabajar por razón de sus estudios.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por PROTECCION S.A. y la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN, la Sala, deberá establecer, si resultó acertada o no la decisión del Juez de Primer Grado, al reconocer el 50% de la pensión de sobrevivientes deprecada a la demandante MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, en su condición de compañera permanente, o si por el contrario, a la señora ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, en su calidad de cónyuge supérstite, también le asiste el mismo derecho, por cumplir con los requisitos legales para acceder al mismo.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No fue objeto de discusión en el plenario que, el señor GERARDO GUIZA RODRIGUEZ, se encontraba afiliado a PROTECCION S.A., cotizando para pensión desde el 06 de septiembre de 1995 (fl.21 Archivo 004 PDF). Tampoco que, el mencionado señor, falleció el 01 de mayo de 2014 como da cuenta el registro civil de defunción que milita en el expediente; lo que de suyo implica que el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

> *"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones…"*
>
> *ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como "*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*"[1]. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

En el presente caso, solicitó la demandante MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor GERARDO GUIZA RODRIGUEZ, en su condición de compañera permanente, por haber convivido con él por más de 15 años y hasta su fallecimiento; y, en igual sentido elevó petición la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, en calidad de cónyuge supérstite, alegando que, contrajo matrimonio con el causante, el 19 de mayo de 1979, siempre lo apoyó económica, social y moralmente hasta su fallecimiento y aunque en el año 2006 liquidaron y disolvieron su sociedad conyugal, permanecieron juntos hasta un mes antes de su deceso, cuando él decidió quedarse en casa de su progenitora hasta su muerte.

Para determinar, a quién le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes deprecada, al plenario se allegó, comunicación del 05 de febrero de 2018, dirigida por PROTECCION S.A., a MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, informándole el reconocimiento del 25% de la pensión de sobrevivientes a su hija menor ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, así como una notificación de la misma fecha, mediante la cual se le advierte la actora, la necesidad de acudir a la Justicia Ordinaria, para

[1] CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

determinar el derecho pensional reclamado por ella, como compañera permanente, debido a que también se presentó a reclamar otra beneficiaria con mayor o igual derecho a ella (fls. 7-9 Archivo 000 PDF); formularios solicitud de pensión de sobrevivientes, radicados por la demandante, en PROTECCION S.A., el 07 de abril de 2017 (fls. 10-16 Archivo 000 PDF); documento de identidad de ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, hija de la demandante y el causante, donde consta como fecha de su nacimiento, el 01 de enero de 2002 (fl. 17 Archivo 000 PDF); cédula de ciudadanía del causante (fl. 18 Archivo 000 PDF); extracto e historia laboral del causante en PROTECCION S.A. (fls. 19-29 Archivo 000 PDF); formato de declaración juramentada de no capacidad de pago, sin fecha, de SALUD TOTAL EPS, a través de la cual el fallecido declaró no tener capacidad de pago para continuar cotizando al regimen contributivo de Salud, como tampoco sus beneficiarias *"María Isabel Gómez Cabrera"* y *"Angely Lized Guiza"* (fl. 30 Archivo 000 PDF); certificación de fecha 24 de junio de 2013, expedida por SALUD TOTAL EPS, donde consta la afiliación del señor GERARDO GUIZA RODRIGUEZ al regimen contributivo de salud, como cotizante, además de MARIA ISABEL GOMEZ CABRERA, como compañera y ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, como hija menor de 18 años, desde el 31 de mayo de 2013 (fl. 31 Archivo 000 PDF); certificación expedida por el SENA, donde consta que ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, se encuentra realizando el programa de tecnólogo en gestión empresarial con fecha de inicio 10 de diciembre de 2020 y fecha de finalización el 09 de junio de 2022, cumpliendo actividades académicas durante el II semestre del año 2020 (fl. 10 Archivo 027 PDF).

También, se aportó formulario de solicitud de pensión de sobrevivientes radicada por la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, el 03 de mayo de 2016 (fls. 23-27 Archivo 004 PDF); registro civil de matrimonio celebrado por el rito católico el 17 de marzo de 1979, entre la señora PIRAZAN FARASICA y el fallecido (fl. 30 Archivo 004 PDF); registro civil de nacimiento de VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN, hija de la pareja PIRAZAN-GUIZA, nacida el 01 de noviembre de 1998 (fl. 31 Archivo 004 PDF); formatos de declaración juramentada para devolución de saldos de afiliado fallecido, suscritos por ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA y VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN, del 26 de mayo de 2016 (fls. 37-40 Archivo 004 PDF); comunicación del 01 de julio de 2016, enviada por PROTECCION S.A., a la señora PIRAZAN FARASICA, comunicándole el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a ella y su menor hija VERÓNICA VANESSA, a partir del 01 de mayo de 2014 (fls. 48-59 Archivo 004 PDF); renuncia al derecho pensional, presentada en abril de 2017, por VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN a PROTECCION S.A., solicitando la asignación del 100% de la pensión de sobrevivientes a su progenitora ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, al cumplir la mayoría de edad y no encontrarse incapacitada para trabajar por razón de los estudios; Escritura Pública 02482 del 21 de septiembre de 2006, de disolución y liquidación de la sociedad conyugal existente entre GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ y ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA (fls. 74-79 Archivo 010 PDF); certificación afiliación NUEVA EPS, donde figura como cotizante ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA y beneficiario el causante GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, desde el 01 de marzo de 2014 (fls. 84 Archivo 010 PDF).

Asimismo se aportaron declaraciones extraproceso de JAIRO ABDON ACUÑA RIVERA y GONZALO JIMÉNEZ GARCÍA, donde manifestaron conocer a MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, por más de 18 años; además de constarles que ésta convivió con GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, en unión libre, de manera permanente e ininterrumpida desde el 20 de diciembre de 1996 y hasta su fallecimiento el 01 de mayo de 2014; relación de la cual procrearon una hija de nombre ANGELY LIZED, que dependía económicamente, al igual que la actora, del causante (fls. 68-72 Archivo 004 PDF); formatos de declaración juramentada para devolución de saldos de afiliado fallecido, suscritos por MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA y ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, del 30 de junio de 2017 (fls. 73-76 Archivo 004 PDF); informe final del 15 de septiembre de 2017, realizado por la firma de Consultores e Investigadores de Siniestros CONSULTANDO LTDA (fls. 89-192 Archivo 004 PDF), donde se concluye:

> *"El señor GUIZA, era de estado civil casado por el rito católico, con sociedad conyugal disuelta y liquidada, con la señora ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, con quien convivió desde el 17 de marzo de 1979 hasta el año de 1996, relación de la cual procrearon cinco hijos a sabes:*
>
> *(…)*
>
> *Posteriormente, el afiliado, inició relación de convivencia con la señora MARÍA ISABEL GÓMEZ, desde el 13 de mayo de 1998 hasta el momento en que se produjo su deceso, de cuya relación procrearon un hijo…"*

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte, la señora ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, indicó que, contrajo matrimonio con el causante, el 17 de marzo de 1979, y vivieron juntos hasta cuando él falleció en el 2014, en el barrio Fontibón Versalles en Bogotá; que, la mayoría de tiempo, la convivencia fue en la casa del padrino de uno de sus hijos, pero no recuerda fechas exactas; que, el causante falleció en la casa de su suegra, porque desde que comenzó su enfermedad en el 2013, él quiso irse para allá; que, su esposo, le decía que MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, era una compañera de trabajo, la persona que le cambiaba la moneda en el paradero de las busetas que él manejaba; que, conoció a la demandante, en la casa de la suegra y en la clínica San Rafael, como en el año 2013; indicó que, a ANGELY LIZED GUIZA GOMEZ, también la conoció en casa de la suegra, en el mismo año que conoció a la señora MARIA ISABEL, decían que era hija de GERARDO, pero él le dijo que no era su hija sino de un señor Ovidio; que, cuando ella preguntaba a la suegra porque esa señora y la hija estaban en su casa, ella le respondió que era la compañera de trabajo del fallecido, y que, cuando él se enfermó ella iba a visitarlo; que, el causante, no tenía un trabajo fijo, hacia relevos conduciendo buseta, trabajaba 2 o 3 meses; que, ella lo tenía afiliado al Sistema de seguridad Social en salud, y en un seguro funerario, con el que cubrió los gastos del sepelio, que fue en Fontibón; que, tuvieron 5 hijos entre 1979 y 1998, siendo VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN, su hija menor, quien actualmente, no estudia ni trabaja, tiene 2 hijas de 6 y 4 años y vive con ella; que, el causante trabajó unos días en una empresa de buses y lo afiliaron a la EPS Salud total, pero cuando lo retiraron, ella lo afilió como su beneficiario a la NUEVA EPS; que, ella no sabía nada de la existencia de MARÍA ISABEL GOMEZ CABRERA, desconociendo por qué él la

afilió a la EPS; que, en el año 2006, el fallecido le pido que liquidaran y disolvieran la sociedad conyugal, trámite que adelantaron en una Notaría, pero siguieron viviendo juntos; que, ella era realmente la que costeaba los gastos del hogar, porque por su trabajo tan inestable él aportaba un diario de $5.000 o $6.000; que, cuando el señor GERARDO decidió irse a vivir con la mamá, la interviniente, no lo visitaba tanto, porque tenía que trabajar.

MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, dijo que, conoció al señor GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, en el año 1997, cuando comenzaron un noviazgo, luego en el 2002, tuvieron a su hija ANGELY LIZED, y se fueron a vivir juntos en el 2004, al barrio Fontibón Versalles en Bogotá, luego cambiaron de vivienda, constantemente, porque tuvieron problemas con la exesposa ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, quien se entero hacia el año 2005, de la convivencia entre ellos y los buscaba para discutir y en algunas oportunidades les rompió los vidrios de las viviendas donde se encontraban; que, al comienzo de su relación el causante, le dijo que ya estaba separado de la señora Beatriz y que vivía con la mamá, doña Rosa Elvia Rodríguez de Guiza; que, siempre la llevaba a la casa de la mamá, pero cree que en eso le mintió, porque nunca le mostró donde vivía; que, el causante trabajó en varias empresas de buses de servicio público de Bogotá, también condujo buses de turismo y taxi, devengaba un buen dinero, pero debía pagarle la cuota alimentaria a ANA BEATRIZ, porque de lo contrario ella lo buscaba para armar problemas; que, la hija mayor del causante, de nombre Constanza, fue la primera en enterarse hacia finales del 2002, del nacimiento de ANGELY LIZED, y para el años 2011, los demás hijos del fallecido ya comenzaron a visitarlo en la casa donde vivía con ella; que, el causante, en alguna oportunidad le comentó que, se había separado de ANA BEATRIZ en el 2006; que, cuando trabajaba estaba afiliado a SALUD TOTAL EPS, luego se afiliaron a CAPITAL SALUD y cuando estuvo muy grave, la señora PIRAZAN FARASICA, lo afilió a la NUEVA EPS, además, también lo tenía afiliado a un seguro funerario y fue ella quien pagó los gastos del sepelio, con ayuda del resto de familiares; que, entre 2012 y 2013, el señor GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, comenzó a enfermarse y, como vivían en un tercer piso, en una casa en El Refugio – Fontibón, a él se le dificultaba mucho movilizarse, entonces a comienzos del 2014, GERARDO GUIZA, le pidió a la mamá, que lo dejara vivir en su casa, en el barrio Fontibón – Versalles, entonces allí vivieron la actora, el causante y su hija ANGELY LIZED, hasta el 01 de mayo de 2014, cuando él murió; que, ANGELY LIZED GUIZA GOMEZ, terminó el bachillerato y estudia un tecnólogo en el SENA, y, para su sostenimiento cuenta con la pensión de sobrevivientes y ella le colabora en lo que puede; que, en vida de GERARDO GUIZA, la actora, vendía productos por catálogo, pero dependía de su esposo, ahora vive con sus hijas y vende tintos en un paradero en la Alameda.

Declararon en el proceso DIEGO y ELISA PAOLA LEÓN GOMEZ, así como JAIRO ABDON ACUÑA RIVERA, hijos y cuñado de la actora, quienes fueron enfáticos, uniformes y coincidentes, en manifestar que la señora MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, sostuvo un noviazgo con el señor GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ entre 1997 y 2004, cuando se fueron a vivir al barrio Fontibón; que, tuvieron el

01 de enero de 2002, a su hija ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ; que, la actora y el causante, convivieron hasta el 01 de mayo de 2014, cuando el señor Guiza Rodríguez, falleció; indicaron desconocer hasta qué fecha vivió el causante con la esposa ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, pero que tuvieron muchos problemas con ella, porque nunca aceptó la relación del fallecido y la demandante, entonces los buscaba y los agredía.

Así las cosas, analizado el material probatorio en todo su conjunto no cabe duda para la Sala, que, la demandante MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA, sostuvo una relación sentimental con el señor GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, que comenzó en el año 1997; y que, a partir del 2004, constituyeron una unión marital de hecho que se prolongó hasta el 01 de mayo de 2014, fecha de fallecimiento del causante; no obstante, al no precisar la actora, ni existir otro medio probatorio del cual se pueda establecer con precisión, el día y mes en que iniciaron su convivencia, se tomará como extremo inicial de ésta, el 31 de diciembre de 2004; lo que, permite concluir la convivencia de la actora, con el causante, en su condición de compañera permanente, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, que la hacen beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Ahora, respecto a la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, es preciso señalar que, contrajo matrimonio por el rito católico con el causante, el 19 de mayo de 1979; procreó 5 hijos con el fallecido entre 1979 y 1998 y, aunque el 21 de septiembre de 2006 suscribió Escritura Pública 02482 ante la Notaria 19 del Círculo de Bogotá, a través de la cual, ella y el señor GUIZA RODRIGUEZ, decidieron liquidar y disolver su sociedad conyugal, ello de ninguna manera significa la ruptura o terminación del vínculo matrimonial. En este sentido, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 25 de abril de 2018, con radicación 45779, que:

> *"Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.*
>
> *En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.° hace referencia a «sociedad anterior conyugal» y, en el tercero, a «unión conyugal», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos:*
>
> *El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la "unión conyugal" y la restante con la de la "sociedad conyugal vigente". Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.*
>
> *Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua,*

que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida", y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.

Así, por ejemplo en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó:

(…)

La anterior interpretación la ratifica la Corte en esta oportunidad, habida cuenta que, a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes.

Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación. Así mismo, la separación de hecho, tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial".

Así las cosas, contrario a lo expuesto por la Juez de Instancia, sí se encuentra acreditada la convivencia mínima de la cónyuge supérstite ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, con el señor GERARDO GUIZA RODRIGUEZ, ello no sólo porque durante 19 años, entre 1979 y 1998, procrearon 5 hijos, sino porque además, así lo concluyó el informe de la empresa CONSULTANDO LTDA, al señalar que *"El señor GUIZA, era de estado civil casado por el rito católica, con sociedad conyugal disuelta y liquidada, con la señora ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, con quien convivió desde el 17 de marzo de 1979 hasta el año 1996".*

Ahora, en cuanto al extremo final de la convivencia entre la pareja PIRAZAN-GUIZA, advierte la Sala, que, contrario a lo alegado por la interviniente ANA BEATRIZ GUIZA PIRAZAN, ésta no convivió con el causante hasta su fallecimiento; sin embargo, bastándole a la cónyuge supérstite acreditar la convivencia de 5 años con el causante, en cualquier tiempo, con el lazo matrimonial vigente, independientemente de su separación de hecho, habrá de

tomarse como extremos de dicha convivencia, desde el 19 de mayo de 1979, fecha de su matrimonio, hasta el 01 de noviembre de 1998, fecha de nacimiento de su última hija VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN.

En ese orden de ideas, se revocará el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a reconocer y pagar el 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, a las señoras MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, en su condición de compañera permanente supérstite y, a ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, como cónyuge supérstite, en forma proporcional al tiempo de convivencia con cada una de ellas, así:

A favor de ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, en calidad de cónyuge supérstite y por una convivencia entre el 19 de mayo de 1979 y el 01 de noviembre de 1998, el 67.37% del 50% de la mesada pensional suspendida, esto es, la suma de $207.499,6, a partir del 01 de mayo de 2014, junto con los reajustes legales por cada anualidad, autorizando los descuentos correspondientes en salud; sin que haya lugar a descontarle valor alguno por las mesadas pensionales que ya le fueron canceladas, comoquiera que, se trata de sumas recibidas por ésta de buena fe.

A favor de MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, en su condición de compañera permanente supérstite, con una convivencia del 31 de diciembre de 2004 y hasta el 01 de mayo de 2014, el 32.63% del 50% de la mesada pensional suspendida, equivalente a la suma de $100.500,4, a partir del 01 de mayo de 2014, con los reajustes anuales legales, autorizando los descuentos correspondientes en salud; valores que serán indexados desde la fecha de su causación y hasta la de su pago efectivo. Téngase en cuenta, respecto de ésta, que, en Primera Instancia, se declaró probada la excepción de prescripción, por lo que, al no ser motivo de alzada dicha decisión, las mesadas pensionales reconocidas a su favor, deberán ser canceladas a partir del 05 de febrero de 2015.

Aclarando que, los porcentajes antes señalados acrecerán de igual forma, una vez la joven ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, nacida el 01 de enero de 2002, deje de percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes, dada la incapacidad para laborar, que, a la fecha, ésta presenta por razón de los estudios, conforme a la certificación del SENA, obrante en el plenario, donde consta que se encuentra cursando el programa de tecnólogo en gestión empresarial.

Finalmente, en cuanto a las mesadas canceladas a favor de la hija del fallecido, VERÓNICA VANESSA GUIZA PIRAZAN, cuya devolución solicita PROTECCION S.A., no resulta procedente, pues, para 01 de julio de 2016, cuando se reconoció la pensión de sobrevivientes a su favor, ésta aún era menor de edad y, le asistía derecho al reconocimiento pensional.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCION S.A., no se impone costas a la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, al haber prosperado el recurso de alzada. Se revoca el ordinal cuarto de la sentencia de Primera Instancia, en cuanto impuso condena en costas a la señora PIRAZAN FARASICA, para en su lugar absolverla de dicha sanción.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia apelada, proferida el 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de GERARDO GUIZA RODRÍGUEZ, así:

a) A favor de ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, en calidad de cónyuge supérstite, el 67.37% del 50% de la mesada pensional suspendida, esto es, la suma de $207.499,6, a partir del 01 de mayo de 2014, junto con los reajustes legales por cada anualidad, autorizando los descuentos correspondientes en salud; sin que haya lugar a descontarle valor alguno por las mesadas pensionales que ya le fueron canceladas.

b) A favor de MARÍA ISABEL GÓMEZ CABRERA, en su condición de compañera permanente supérstite, el 32.63% del 50% de la mesada pensional suspendida, equivalente a la suma de $100.500,4, a partir del 01 de mayo de 2014, con los reajustes anuales legales, autorizando los descuentos correspondientes en salud; valores que serán indexados desde la fecha de su causación y hasta la de su pago efectivo. Téngase en cuenta, que, respecto de esta beneficiaria, prosperó la excepción de prescripción, por lo que, las mesadas pensionales reconocidas a su favor deberán ser canceladas a partir del 05 de febrero de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR que los porcentajes reconocidos a la demandante MARIA ISABEL GÓMEZ CABRERA y a la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA, acrecerán de igual forma, una vez la joven ANGELY LIZED GUIZA GÓMEZ, nacida el 01 de enero de 2002, deje de percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de Primera Instancia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de la demandada PROTECCION S.A. Se revoca el ordinal cuarto de la sentencia

apelada, para en su lugar, absolver a la interviniente ANA BEATRIZ PIRAZAN FARASICA de la condena en costas impuesta en su contra.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501120170017701

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Extremos contrato realidad.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 07 de febrero de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JAIRO PINTO SILVA** en contra del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADO** administrado por **FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.**

ANTECEDENTES

JAIRO PINTO SILVA, promovió demanda ordinaria laboral en contra del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, en el que se desempeñó como trabajador oficial, siendo beneficiario por extensión a terceros de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 celebrada entre CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM; que, se declare que CAPRECOM, jamás le canceló las prestaciones sociales legales ni convencionales, como tampoco cumplió con el pago de sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; y, en consecuencia, que se condene al demandado, a pagarle los derechos legales y convencionales adeudados, así como a la devolución de los aportes cancelados directamente para el Sistema de Seguridad Social en Pensión y Salud, la devolución de las pólizas que respaldaron los contratos de prestación de servicios aparentes o simulados; que, se condene al demandado al pago de la sanción del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como la indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de

1949, la indexación de los conceptos o sumas que sean susceptibles de actualización; que, le conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios personales para CAPRECOM, en la Regional Amazonas, sin solución de continuidad, entre el 01 de diciembre de 2003 y el 30 de noviembre de 2013, desempeñando los cargos de gestor de vida sana y auxiliar técnico financiero, devengando como último salario la suma de $676.000, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Indicó que, durante toda la relación laboral, CAPRECOM, le entregó las herramientas de trabajo necesarias para el desempeño de sus funciones; que, CAPRECOM, a sus trabajadores oficiales no sólo les cancelaba las prestaciones legales, sino que les reconocida la totalidad de los derechos extralegales estipulados en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRACAPRECOM, Sindicato mayoritario de esa Entidad; que, a él nunca le cancelaron las prestaciones sociales legales, ni convencionales, tampoco vacaciones; que, agotó la reclamación administrativa el 30 de noviembre de 2016 (fls. 2-12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADO –** administrado por **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.**, mediante escrito a folios 51 a 72, dio contestación en término a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, frente a los hechos en su mayoría dijo no constarle, por tratarse de una entidad extinta, aclarando que, en todo caso, de los documentos allegados con el líbelo, se infiere que el demandante, no tuvo un contrato de trabajo, sino que estuvo vinculado a la extinta CAPRECOM, mediante varios contratos de prestación de servicios, regidos por la Ley 80 de 1993, inscritos con diferentes fechas de inicio y terminación, desarrollando las actividades contratadas de manera autónoma e independiente. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la Convención Colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contrato celebrados entre las partes, cosa juzgada y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de febrero de 2020, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre el demandante y CAPRECOM EICE, representada en el proceso por la FIDUPREVISORA S.A., existió un

verdadero contrato de trabajo vigente entre el 01 de diciembre de 2003 hasta el 31 de julio de 2006, otro del 01 de agosto de 2006 al 14 de diciembre de 2009 y un tercer vínculo laboral del 07 de octubre de 2010 al 30 de marzo de 2011, en virtud de los cuales se desempeñó como gestor Vida Sana y Técnico Administrativo Financiero, devengando como último salario la suma de $676.000; declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada; absolvió a la FIDUPREVISORA S.A., en su condición de vocera y administradora del PAR CAPRECOM, de las demás pretensiones de la demanda; condenó en costas a la FIDUPREVISORA S.A., en su condición de vocera y administradora del PAR CAPRECOM.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada FIDUPREVISORA S.A., en su condición de vocera y administradora del PAR CAPRECOM, interpuso recurso de apelación, solicitó revisar las pruebas allegadas al proceso, para verificar los extremos de las relaciones laborales declaradas por el a-quo, pues, considera que los mismos no se encuentran probados y, en consecuencia, tampoco habría lugar a condena en costas, ni agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar si entre el demandante y la extinta CAPRECOM, existió una verdadera relación laboral, dentro de los extremos temporales declarados por el a-quo.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sabido es, y así lo reitera la jurisprudencia laboral, que para que exista contrato de trabajo no es necesario algún tipo de formalidad, así como tampoco se desvirtúa por el hecho de que las partes decidan darle otra denominación como la de prestación de servicios. Es suficiente con que concurran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo cuales son la actividad personal o prestación personal del servicio, la dependencia o

continuada subordinación, y el salario como retribución directa de la labor realizada.

Al respecto, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, establece que, se presume que existe un contrato de trabajo *"entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha"*; siendo tarea del beneficiario del servicio, desvirtuar dicha presunción aportando los medios de convicción suficientes e idóneos para acreditar que el vínculo se dio de manera autónoma e independiente, por cualquier otra modalidad contractual diferente a la laboral.

En el presente caso, no existe discusión respecto a la prestación de los servicios personales del demandante a favor de CAPRECOM, en virtud de un contrato de prestación de servicio, un convenio Cooperativo entre COOPESAM y CAPRECOM; y, a través de la Empresa de Servicios Temporales S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.; tampoco que, en desarrollo de éstos, el actor, realizó actividades como promotor de salud, gestor de vida sana y auxiliar técnico administrativo financiero; recibiendo por su último contrato, como salario, la suma de $676.000; circunstancias de las que dieron cuenta, las certificaciones laborales de folios 27 a 29 del plenario. Pruebas que, al no haber sido tachadas ni refutadas de falso, dan fe de lo allí expresado; esto es, la prestación personal de un servicio a favor de la demandada y la remuneración por el mismo, elementos propios del contrato de trabajo; relación laboral que no puede ser desconocida, por haberse vinculado al actor, a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado, pues, si bien esas organizaciones pueden vincular el trabajo personal de sus cooperados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios a favor de un tercero, es necesario que exista plena autonomía técnica, administrativa y financiera, lo que no quedó demostrado en el presente caso; como tampoco, que se tratara de una de las actividades señaladas en el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015, para desarrollar las labores ocasionales, accidentales o transitorias de las que se puedan contratar a través de Empresas de Servicios Temporales.

Ahora, en cuanto a los extremos de la relación laboral declarada por el Juez de Primera Instancia, y que, según la parte accionada, no se encuentran demostrados, basta señalar que, los mismos se extraen de las certificaciones laborales de folios 27 a 29, así:

1. Del 01 de diciembre de 2003 al 31 de julio de 2006, como promotor de salud (fl. 29).

2. Del 01 de agosto de 2006 al 14 de diciembre de 2009, como gestor de vida sana (fl. 28).

3. Del 07 de octubre de 2010 al 30 de marzo de 2011, donde se desempeñó como auxiliar técnico administrativo financiero (fl. 27).

Así las cosas, al no haber cumplido la parte demandada con la carga probatoria que le correspondía para desvirtuar los elementos del contrato de trabajo alegados por el trabajador y estando plenamente establecidos los extremos de iniciación y terminación en que se desarrollaron los distintos vínculos laborales existentes entre las partes, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad la parte demandada, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Costas en la alzada a cargo de la parte recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 07 de febrero de 2020, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **JAIRO PINTO SILVA** en contra del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADO** administrado por **FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo del demandado. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo, a cargo del demandado y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503920170020 0-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Terminación contrato a término fijo trabajadora en estado de embarazo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LAURA PATRICIA GRIJALBA MORENO** en contra de la **CORPORACIÓN CONSTRUYENDO AMOR – CON AMOR.**

ANTECEDENTES

LAURA PATRICIA GRIJALBA MORENO, promovió demanda ordinaria laboral contra la CORPORACIÓN CONSTRUYENDO AMOR – CON AMOR, para que, se declare la existencia de una relación laboral entre las partes, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 29 de enero de 2016 y el 28 de febrero de 2017; que, se declare la indemnización por falta de pago, ya que a la terminación del contrato, no se le cancelaron los salarios y prestaciones debidos, por valor diario de $48.257, desde el 01 de marzo de 2017; que, se condene a la demandada al pago de los salarios adeudados entre el 01 de noviembre de 2016 y el 28 de febrero de 2017; que se condene al pago del auxilio de cesantías, prima de servicios y vacaciones desde el 29 de enero de 2016; que, se condene a la demandada, al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías, la indemnización por despido unilateral por parte del empleador, la indemnización por la prohibición de despedir, equivalente a los salarios de 60 días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de 18 semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado; que, se ordene la indexación de las sumas de dinero objeto de demanda; que, se concedan los salarios, prestaciones o

indemnizaciones que se encuentren probados, conforme a las facultades ultra y extra petita; que, se condena a la demandada, al pago de costas y gastos procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, trabajó para la demandada, desde el 29 de enero de 2016, mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año; que, durante la vigencia de la relación laboral, existieron 3 contratos de trabajo, sin solución de continuidad y sin que ninguno de ellos se haya liquidado; que, el último vínculo laboral, finalizó el 28 de febrero de 2017, cuando ella se encontraba en estado de embarazo, por decisión unilateral del empleador, estando amparada por el fuero de maternidad.

Indicó que, ocupó el cargo de docente, bajo la directa subordinación, dependencia y control de la demandada, en las Instalaciones ubicadas en la calle 51 No. 74 A -07 de Bogotá; que, el 15 de noviembre de 2016, la Corporación accionada, le entregó comunicación de suspensión del contrato de trabajo, sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo y sin tener en cuenta su estado de embarazo; que, a la terminación del vínculo laboral, no se le canceló la indemnización por despido sin justa causa, tampoco 3 meses de salario que le adeudaban, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, no le consignaron las cesantías correspondientes al año 2016; que, a la presentación de la demanda, aún no había recibido el pago de la liquidación final de prestaciones.

Refirió que, solicitó a la Secretaria de Integración Social, quien tiene a su cargo el seguimiento, vigilancia e inspección del contrato de asociación No. 10647 de 2016, le informara por qué la demandada, no ha cumplido con el pago de las obligaciones laborales de sus trabajadores e igualmente citó a la Corporación Construyendo Amor - Con Amor, a un intento de conciliación ante la Dirección Territorial de Trabajo de Bogotá, pero no se presentó (fls. 2-9)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **CORPORACIÓN CONSTRUYENDO AMOR**, dio contestación en término a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, frente a los hechos en su mayoría dijo no ser ciertos, señalando que, entre las partes existieron 3 contratos de trabajo, cada uno de ellos celebrados en fechas distintas y tiempos diferentes, que, además se liquidaron, consignando a favor de la actora su correspondiente valor; aclaró que la finalización del vínculo laboral, se produjo por el cumplimiento del plazo pactado y la no continuidad del Convenio de Asociación, suscrito entre esa Corporación y la Secretaría Distrital de Integración Social, de la cual dependía la vigencia de los contratos laborales de la actora. Propuso las excepciones de inexistencia de solución de continuidad en los contratos laborales a término fijo inferior a un año suscritos entre las partes, pago de salarios, liquidación de cada uno de los

contratos y de Seguridad Social, inexistencia de despido sin justa causa por existir contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con fecha cierta de terminación suscritos entre las partes (fls. 92-95 y 133-136).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de tres contratos de trabajo a término fijo, suscritos entre las partes, del 19 de enero al 24 de junio de 2016, otro del 12 de agosto al 16 de diciembre de 2016 y del 23 de enero al 28 de febrero de 2017; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a la CORPORACIÓN CONSTRUYENDO AMOR, a pagar a la demandante, salarios, prestaciones sociales y vacaciones, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por despido ilegal y pago de semanas de descanso; imponiéndole adicionalmente el pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandada, interpuso recurso de apelación, argumentando que la causa que dio origen a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, está relacionada con la finalización del Convenio de Asociación suscrito con la Secretaría de Integración Social; que, la a-quo, determinó que existió mala fe de su parte, porque no realizó los pagos a favor de la trabajadora, de forma oportuna y completa, cuando ello no fue así, por lo que solicita se revise tal decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala, deberá determinar si resulta ajustada o no la decisión de la Juez de Primera Instancia, al ordenar el pago de la indemnización por despido injusto, así como por despido ilegal, dado el estado de embarazo de la actora, al momento de finalizar el vínculo laboral o si por el contrario la terminación del contrato de trabajo estaba justificado por el vencimiento del plazo pactado.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de inconformidad en la alzada, y así quedó determinado por la Juez de Instancia, que, entre la señora LAURA PATRICIA GRIJALBA MORENO y la CORPORACIÓN CONSTRUYENDO AMOR – CON AMOR, existieron tres contratos de trabajo a término fijo, del 19 de enero al 24 de octubre de 2016, del 12 de agosto al 16 de diciembre de 2016 y del 23 de enero al 28 de febrero de 2017, donde la actora se desempeñó como docente (fls. 15-28 y 111-122).

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR FUERO DE MATERNIDAD

Alega la parte demandada, que la terminación del último vínculo laboral con la demandante, no fue injusto ni ilegal, pues, se produjo por la no renovación del Convenio de Asociación, que esa Corporación, tenía con la Secretaría Distrital de Integración Social; de ahí que, por estar sujeta su labor a la vigencia de dicho Convenio, finalizado el mismo, también desapareció el objeto del contrato laboral de la actora.

El artículo 3 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 46 del CST, establece que:

> *"ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.*
>
> *1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
>
> *2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.*
>
> *PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea."*

Así las cosas, para que terminen los contratos celebrados a término fijo, al vencimiento del plazo pactado, es necesario que se comunique, por escrito, con antelación no menor a 30 días a la expiración del plazo, la voluntad de no renovarlo, pues, de no hacerlo, el mismo se entiende renovado por un término igual al inicialmente acordado; de ahí que, conforme al artículo 61 del CST, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990, una de las causales de terminación del contrato de trabajo, es el vencimiento del plazo pactado.

Ahora, el artículo 239 del CST, modificado por el 2 de la Ley 1822 de 2017, señala que:

> *"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.*
>
> *1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.*
> *2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.*
>
> *3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.*
>
> *4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término."*

Respecto a la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora por fuero de maternidad, en contratos de trabajo a término fijo, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de abril de 2015, con radicado 47001, que:

> *"…Ahora bien, considera la Corte y en ello radica su cambio de postura, que esa medida real de protección, denominada fuero de maternidad, debe garantizarse independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora -que queda embarazada en vigencia del mismo- con su empleador, pues en todo caso, la finalidad de aquélla es proteger a la madre y al hijo que está gestando.*
>
> *Lo anterior, porque aun cuando la expiración del término pactado en los contratos a término fijo no constituye una causa de despido, sino un modo de terminación del mismo -conforme quedó visto en líneas anteriores -, lo cierto es que de esas dos situaciones, converge una misma consecuencia, cual es, que la trabajadora queda cesante, circunstancia cuya ocurrencia es la que precisamente se pretende evitar, en aras de un efectivo amparo de la trabajadora y de aquél que está por nacer.*
>
> *Así, no solo la madre será protegida por el hecho objetivo de carácter biológico que es la gestación, en la medida que se le garantiza la permanencia en el trabajo y el efectivo acceso a la salud, sino que el recién nacido también se beneficiará de éste último, así como de los óptimos cuidados que requiere en su primera etapa de la vida, los cuales provienen de su progenitora, quien para tal efecto, estará en uso de la licencia de maternidad. Lo anterior por cuanto el bienestar de estos dos sujetos especiales de protección, depende no solo de las condiciones que anteceden al nacimiento, sino del mismo alumbramiento y el lapso inmediatamente posterior a éste.*
>
> *De lo dicho, no puede predicarse la afectación del tipo de contrato laboral pactado a término fijo que legalmente se encuentra establecido en la legislación laboral colombiana, pues más allá de desvirtuar su límite en el*

tiempo, por demás acordado previamente por las partes, lo reafirma; solo que, en respeto al fuero de maternidad, éste habrá de extenderse de manera irrestricta durante el período de embarazo y la licencia de maternidad que, en cada caso en particular se contabilizará conforme lo contempla el art. 236 del CST, modificado por el art. 1° de la L. 1468/2011. Luego de lo cual, la vinculación laboral podrá no ser renovada al vencimiento del período aludido, sin ningún tipo de formalidad adicional, siempre y cuando el empleador ratifique la decisión que en tal sentido adopte, con los 30 días de antelación que contempla la ley.

Con tal orientación, se tiene que cuando la trabajadora sea desvinculada de manera previa al vencimiento del término descrito en líneas anteriores -etapa de embarazo y licencia de maternidad-, se entenderá que la vinculación laboral se mantuvo vigente y consecuentemente, habrá lugar a reconocer los salarios y demás prestaciones dejadas de cancelar durante el tiempo que le hiciere falta para culminar el período de protección.

En tal contexto, esta Sala comparte el enfoque impartido por la Corte Constitucional en sentencia SU-070 de 2013, frente a la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora gestante vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo …"

Así las cosas, en el presente caso quedó establecido el conocimiento que tenía la accionada, respecto al estado de embarazo de la actora, en vigencia del segundo contrato de trabajo, y a la suscripción del tercero; igualmente, está plenamente acreditado que los mencionados vínculos laborales, se pactaron en la modalidad de término fijo, y que, claramente la actora, era conocedora de los extremos de inicio y terminación de cada uno de ellos; no obstante, como se advierte de la Jurisprudencia y las normas citadas, independientemente de la temporalidad de la relación laboral, se debe amparar el fuero materno y, en consecuencia, el empleador, está en la obligación de garantizar la estabilidad laboral de su trabajadora, mientras dura el embarazo y la posterior licencia de maternidad; lo que, no ocurrió en el presente caso, pues, llegada la fecha de terminación del tercer contrato de trabajo suscrito entre las partes, el 28 de febrero de 2017, la accionada, no sólo no le canceló a la demandante, los salarios y prestaciones sociales correspondientes, sino que, además pese a encontrarse próxima a dar a luz, la dejó en total desamparo, siendo ésta, sujeto de especial protección durante el período de gestación y después del parto.

Ahora, en cuanto a la mala fe que concluyó la Juez de Instancia, se presentó en el actuar de la demandada, y que ésta no comparte; basta reiterar que, a la terminación de la relación laboral, a la actora, no le fueron cancelados los salarios ni prestaciones sociales correspondientes a dicha vinculación; y, tal incumplimiento por parte de la demandada, no puede justificarse argumentando que todos los pagos estaban supeditados a los desembolsos que realizara la Secretaría Distrital de Integración Social, con quien había suscrito el Convenio de Asociación No. 10647 de 2016, pues, claramente en la modificación de dicho Convenio, suscrito el 15 de diciembre de 2016, se adicionó la partida presupuestal correspondiente, para cubrir las obligaciones contractuales hasta el 28 de febrero de 2017 (fls. 126-127); además, aunque la representante legal de la demandada, al absolver

interrogatorio de parte, manifestó que sí se le canceló a la trabajadora la liquidación de prestaciones sociales, consignándole el 01 de junio de 2017, la suma de $2.438.000, que era lo que creyó deberle, lo cierto es que, tal valor correspondió en realidad a la licencia de maternidad, que le fue cancelada a esa Corporación por la EPS FAMISANAR, el 10 de mayo de 2017, por la suma de $4.876.000 y que ésta no entregó en su totalidad a la actora, pues, según la representante legal de la demandada, ella estaba en el derecho de hacer las respectivas deducciones por haberle cancelado a la trabajadora, los aportes al Sistema de Seguridad Social durante la totalidad del periodo de embarazo; lo que de manera alguna puede considerarse una conducta revestida de buena fe y menos aún para exonerarse del indemnización moratoria impuesta en Primera Instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Costas en la alzada a cargo de la recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **LAURA PATRICIA GRIJALBA MORENO** en contra de la **CORPORACIÓN CONSTRUYENDO AMOR – CON AMOR**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo, a cargo de la demandada y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503020170022 2-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – reintegro por acción de tutela – pago de salarios y prestaciones sociales.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA MERCEDES CRUZ PARDO** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL**

ANTECEDENTES

MARÍA MERCEDES CRUZ PARDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, para que, se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo, vigente desde el 01 de marzo de 2000, desempeñando el cargo de operaria de la planta de sastrería; que, se declare que el contrato no ha terminado y por tanto no ha existido solución de continuidad; que, se declare que fue desvinculada del Ejercito Nacional sin tener en cuenta la protección laboral reforzada que le asiste y que fue reintegrada el 17 de septiembre de 2016 en cumplimiento del fallo de tutela proferida el 16 de junio de 2016 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A.

Que, en consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada, al pago de los salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, dejados de percibir desde el 01 de enero de 2016 y hasta el 17 de septiembre de 2016

fecha en la que se produjo su reintegro, la indemnización moratoria por el no pago de los salarios y prestaciones sociales, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el Batallón de Intendencia es la unidad del Ejército Nacional encargada de la elaboración de los uniformes y zapatos militares así como del material utilizado en campaña, para lo cual se contrata a personal civil; que, se vinculó al servicio del Batallón de Intendencia No. 1 «Las Juanas» del Ejercito Nacional, mediante contrato verbal de trabajo, el 01 de marzo de 2000, en condición de trabajadora oficial; que, en el mes de septiembre de 2002, celebró contrato de trabajo a término fijo de un año con la demandada, el cual fue prorrogado sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2015 fecha en la cual se le informó su no prórroga, que ostentó el cargo denominado *"operaria de la planta de sastrería"*, devengando para el año 2016 un salario que ascendió a la suma de $1.075.420.

Refirió que, su condición de salud es muy delicada ya que hace diez año fue diagnosticada con *"diabetes mellitus* y es *insulinorequirente"*, síndrome de túnel del Carpio, problemas de hombros, dolor en ambas rodillas; que, nunca fue objeto de llamados de atención o imposición de sanciones; que, es madre de tres hijas de las cuales dos son mayores de edad y la menor de 12 años de edad, quienes dependen única y exclusivamente de ella; que, la demandada, sin considerar su situación de salud así como su condición de madre cabeza de hogar decidió dar por terminado su contrato de trabajo sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo, al encontrarse amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada.

Indicó que, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales interpuso acción de tutela, que en Primera Instancia, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fue rechazada por improcedente; sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de junio de 2016, la revocó y ordenó su reintegro, por lo que, la entidad demandada, en atención a lo ordenado por el alto tribunal, el 17 de septiembre de 2016, la reintegró al mismo cargo que ostentaba, pero, no ha realizado el pago de sus salarios, prestaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social correspondiente al tiempo en que estuvo desvinculada de la accionada, además de adeudarle la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (fls.56-60).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, dio contestación oportuna, mediante escrito visible a folios 66 a 77; se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó

no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con el salario de la actora y las acciones constitucionales interpuestas por ella para obtener su reintegro. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, improcedencia de la sanción moratoria e indemnización por despido en estado de discapacidad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de noviembre de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido; absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la demandante; considerando que, al momento de su despido, la actora, no estaba amparada por la garantía de estabilidad laboral reforzada, ya que, para dicho momento no acreditó que padeciera de algún tipo de patología o que estuviera gozando de incapacidad alguna, que impusiera la obligación al empleador de mantenerla en su sitio de trabajo, de allí que no es posible acceder al reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y si bien, el dictamen de pérdida de capacidad laboral ordenado por el Despacho, arrojó una pérdida de la misma del 28.26% de origen laboral, la fecha de estructuración data del 01 de junio de 2018, es decir, una calenda posterior a la fecha de la terminación del vínculo laboral.

Adujó, además que, al no estar la demandante, protegida por la estabilidad al momento de la terminación de su contrato de trabajo, el despido no fue ineficaz de allí que no es dable el reconocimiento y pago de las demás acreencias deprecadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, insistiendo en que su representada si se encontraba bajo la condición de debilidad manifiesta por la patología que la aqueja, la cual le obliga realizar pausas cada 2 horas a fin de aplicarse insulina, lo cual generó la terminación del contrato, debido a las molestias que este hecho les generaba a sus superiores. Adicionalmente esbozó que la demandante, cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 28.26% como consecuencia de trabajar en la entidad accionada, que ha sido su único empleador.

Aunado a lo anterior indicó que el a-quo, no tuvo en cuenta que la demandante, ha estado al servicio de la cartera de defensa por 20 años, que cuenta con una edad de 56 años, es decir, próxima a la edad para acceder a su pensión y que es madre cabeza de hogar ya que tiene a su cargo a una hija menor de edad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandante, deberá la Sala, determinar si resultó acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, haciendo especial énfasis en la estabilidad laboral reforzada de la cual alega ser beneficiaria la actora, así como en el pago de las prestaciones sociales que asegura se le adeudan a la fecha producto de su reintegro por orden de tutela.

DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LAS PARTES Y LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA DEMANDANTE

Sea lo primero aclarar que, la competencia de esta Jurisdicción para conocer del presente asunto emerge de lo pretendido en la demanda, esto es, que entre las partes existió un contrato de trabajo, a través del cual la actora ostentaba la calidad de trabajadora oficial, como operaria de la planta de sastrería, al servicio del Batallón de intendencia #1 Las Juanas.

Ahora, conforme a la documental obrante de folios 23 a 26 se advierte que el vínculo existente entre las partes efectivamente estuvo regido por un contrato de trabajo a término fijo por un año, del 01 de enero de 2015 al 31 de diciembre de esa misma anualidad; dicho esto, tal y como lo expuso el *a quo* en la sentencia objeto de apelación, la accionante no logró acreditar que para el 31 de diciembre de 2015 ostentara alguna patología o gozara de alguna incapacidad, que la hiciera merecedora de la estabilidad suplicada, conclusión a la que se logra arribar al observar las pruebas documentales arrimadas al proceso, entre las cuales destacan: a folio 27 el formato de informe para accidente de trabajo del empleador o contratante suscrito por la ARL Positiva en donde se informa que la actora sufrió una caída el 30 de julio de 2012, «*(JP) se dirigía a entrar a la planta, de repente tropezó con una rejilla y cayó, golpeándose la rodilla y codo derecho. OBS: DDIRAC:CR 50 18 92 CARGO OPERARIO FE IN 02/09/2002*».

A folio 36, obra remisión médica de la demandante, expedida por la Nueva EPS, de fecha 24 de diciembre de 2015 en la cual se lee: «*paciente quien refiere trauma antiguo de 4 años de evolución durante jornada laboral presentando caída, ocasionando múltiples traumas. Solicita calificación para enf. Laboral, paciente quien manifiesta persistir con dolor articular en miembros inferiores y ambos hombros asociado a limitación funcional*».

Por último, a folios 37 a 40 del expediente obra historia clínica de la actora, también expedida por la Nueva EPS, en la que se puede establecer que efectivamente hasta antes de la fecha de la expiración del plazo contractual fue diagnosticada con *diabetes mellitus* y que es *insulinorequiriente*.

En este punto, para definir la procedencia o no de la garantía de estabilidad laboral reforzada, el *a quo* señaló que la demandante, no acreditó los requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 para ser titular de dicha protección. Al respecto, el artículo 61 del CST, prevé varias formas de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la garantía del artículo 26 de la Ley 361 en comento sólo opera para los casos de despido por razones de discapacidad, es decir, que se trate de la finalización del vínculo laboral por razones discriminatorias. Precisamente, en la sentencia CSJ SL1360-2018 la Corporación indicó:

> *«En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.*
>
> *Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que "ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación", lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.*
>
> *Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.»*

Así las cosas, solo basta con indicar que la terminación del vínculo laboral al obedecer a una causa legal, es decir, el arribo de la fecha pactada como finalización y la decisión de no prorrogarlo, es motivo suficiente para descartar la indemnización perseguida, la cual tiene como fin el sancionar despidos por las condiciones de salud del trabajador, máxime, cuando como ya se mencionó en párrafos anteriores, no está probado que la demandante,

fuera merecedora de tal protección, se reitera, no se encontraba calificada la pérdida de capacidad laboral, tampoco estaba incapacitada, ni imposibilitada para desarrollar sus labores. Razones por las cuales se confirmará la sentencia en este aspecto.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES ADEUDADAS POR EL REINTEGRO ORDENADO POR VIA DE TUTELA

Otro de los puntos objeto de controversia, es determinar si a la señora Cruz Pardo, le asiste el derecho al pago de las acreencias laborales deprecadas (salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social) entre la terminación del vínculo laboral, el 31 de diciembre de 2015 y hasta la fecha en que se ordenó su reintegro por orden de tutela, es decir, el 16 de septiembre de 2016.

Respecto a esta situación, ha de indicarse que el reintegro de la actora obedeció a una decisión adoptada en sede tutela por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, en fallo emitido el 16 de junio de 2016, en el cual resolvió:

> *«PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 28 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - - Sección Segunda – Subsección A, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> *En su lugar,*
>
> *AMPÁRESE transitoriamente los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo a la seguridad social de la señora MARÍA MERCEDES CRUZ PARDO.*
>
> *En consecuencia,*
>
> *ORDÉNASE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE PERSONAL reintegrar a la señora MARÍA MERCEDES CRUZ PARDO en un cargo igual o superior al que venía desempeñando a la terminación del contrato de trabajo, donde pueda cumplir sus funciones de acuerdo a su condición actual de salud.»*

Expuso el alto tribunal, en su decisión que al acreditar la hoy demandante, su condición de madre cabeza de familia y *en aras de garantizar y proteger el interés superior del menor*[1] a su cargo, era dable acceder al reintegro, *"a un puesto de trabajo igual o superior al que desempeñaba la terminación del contrato de trabajo, donde pueda cumplir sus funciones de acuerdo a su condición actual de salud hasta que la entidad accionada llegue a*

[1] Folio 12.

autorización del Ministerio de trabajo para proceder a la terminación del contrato de trabajo suscrito con la accionante".

Del fallo de tutela traído a colación, observa esta Sala, que el Juez Constitucional guardó silencio frente al destino de las acreencias laborales deprecadas hoy en el escrito de demanda, y que, tampoco concedió dicho amparo como mecanismo transitorio para que la Jurisdicción Ordinaria resolviera lo pertinente respecto a su procedencia o no. Por lo que es menester traer a colación lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 69297 del 15 de agosto de 2018, en la que se determinaron los efectos que produce el reintegro, indicando que, *"este derecho implica, por un lado, «el restablecimiento de las condiciones de empleo, bajo la ficción de que el trabajador nunca fue separado del cargo», y por otro, el «pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el trabajador durante el lapso en que estuvo cesante".*

Dicho lo anterior diáfano resulta concluir que efectivamente a la señora CRUZ PARDO, le asiste el reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, entre el momento en que fue separada de su cargo hasta cuando fue reintegrada, consecuencia que resulta lógica, pues al partir de la base que la demandante por menester de la ficción jurídica antes referida nunca fue separada de su cargo, se le deben reconocer y pagar todos los emolumentos, prestaciones y aportes a seguridad social integral, como si realmente hubiera laborado dicho periodo; sumado a que no existe dentro del plenario prueba alguna de la que se pueda extraer el pago de tales emolumentos a favor de la actora al momento de su reintegro, independientemente de que demostrara o no que ésta era beneficiara de la estabilidad laboral reforzada por razón de la salud, en cumplimiento de la orden constitucional del Consejo de Estado, respecto a su reintegro laboral, es acreedora de los derecho laborales reclamados; razón por la cual se revocará parcialmente la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, al pago de las siguientes sumas y conceptos:

Fecha Terminación	1/01/2016	
Fecha de Reintegro	17/09/2016	
Total Días	257	
Salario	$	1.075.420,00
Salarios dejados de percibir	$	9.212.764,67
Vacaciones	$	383.865,19
Prima de servicio 1 Semestre	$	537.710,00
Cesantías	$	767.730,39
Intereses a las cesantías	$	65.768,90

Igualmente, se ordenará a la demandada, solicitar y pagar una vez ejecutoriada la presente sentencia, a las entidades de Seguridad Social, a las cuales se encuentre afiliada la demandante (salud, ARL y pensión) a realizar el cálculo actuarial, a fin de determinar el pago que le correspondería por el periodo entre el 01 de enero de 2016 a 17 de septiembre de esa misma anualidad, teniendo en cuenta un salario de $1.075.420,00, a fin de efectuar el pago de los aportes correspondientes.

Se advierte que, todos estos valores que han sido reconocidos en esta sentencia, deberán ser indexados al momento de su reconocimiento, sin que haya lugar al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, pues, se repite, en el fallo de tutela que ordenó el reintegro de la trabajadora, nada se resolvió respecto al pago de los salarios y prestaciones sociales causados durante el tiempo en que la actora fue retirada de su cargo, por lo que, no se advierte mala fe del empleador, quien cumplió con la orden impuesta por vía constitucional como consta en acta visible a folio 13 del plenario, siendo solo a partir de la presente decisión que surge la obligación del pago de las acreencias laborales reclamadas.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL** a pagar a favor de la demandante **MARÍA MERCEDES CRUZ PARDO**, las siguientes sumas de dinero causadas entre el 01 de enero y el 17 de septiembre de 2016, que deberá indexar al momento de su pago:

a) $9.212.764,67 por concepto de salarios dejados de percibir.
b) $383.865,19 por concepto de vacaciones.
c) $537.710,00 por concepto de prima de servicios del 1 semestre del año 2016.
d) $767.730,39 por concepto de auxilio de cesantías.
e) $65.768,90 por intereses de las cesantías.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL** a pagar a favor de la demandante **MARÍA MERCEDES CRUZ PARDO**, los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del 01 de enero al 17 de septiembre de 2016; para lo cual, se autoriza a la demandada, a solicitar, una vez ejecutoriada la presente sentencia, a las entidades de Seguridad Social, en donde se encuentre afiliada la demandante (salud, ARL y pensión) el cálculo actuarial, a fin de determinar el valor de los aportes correspondientes al periodo adeudado, teniendo en cuenta como salario para el año 2016 la suma de $1.075.420.oo., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin COSTAS en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502020180023402

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – cosa juzgada por transacción.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HELDER ALBEIRO VERANO MORENO** en contra de la **SOCIEDAD SCHLUMBERGER SURENCO S.A.**

ANTECEDENTES

HELDER ALBEIRO VERANO MORENO promovió demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD SCHLUMBERGER SURENCO S.A., para que, se declare la existencia de una relación laboral entre las partes la cual fue terminada sin justa causa imputable al empleador, pues, al momento del despido, se encontraba en estado de debilidad manifiesta por lo que contaba con fuero de protección laboral reforzada; en consecuencia solicita el reintegro a sus labores, junto con el pago de los salarios, aportes a seguridad social y demás emolumentos dejados de percibir desde el 19 de febrero de 2016 hasta la fecha en que se efectué retorno a laborar; que, se condene a la demandada, al reconocimiento y pago de la indemnización por despido en estado de incapacidad equivalente a 180 días de salario, el pago de la indemnización del artículo 65 del CST, los intereses moratorias sobre todos los emolumentos económicos que haya lugar, la indexación de las sumas reconocidas, los demás derechos que resulten probados en virtud de las facultades extra y ultra petita así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 8 de mayo de 2012, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para ocupar el cargo de operador de entrenamiento en las instalaciones de la sociedad, como salario se pactó la suma de $868.975 pagaderos por mensualidad vencida el cual fue incrementado con el paso del tiempo al punto que a la fecha de la terminación del vínculo laboral ascendió a la suma de $1.184.163; que, el 23 de julio de 2013 se encontraba laborando para la empresa en un sitio denominado «pozo cusiana K30» ejecutando la obra de levantamiento de cañón de perforación de 27/8 de 20 ft., cuando sintió un dolor muy fuerte en la espalda comentándole dicha situación a quien fuera su efe inmediato la cual procedió a reportarlo siendo trasladado al hospital de Yopal.

Refirió que, los exámenes practicados arrojaron que los dolores eran causados por las labores y esfuerzos físicos que realizaba en su trabajo, por lo que, posteriormente fue remitido a los especialistas de Colsanitas donde le ordenaron realizarse un examen de resonancia núcleo magnética que debería tomarse en la ciudad de Bogotá, en la cual se determinó que tenía dos hernias discales en su espalda confirmando que tales patologías obedecían a las labores realizadas en su trabajo, de ahí que le remitieron una serie de recomendaciones ordenándole incapacidad; que, el día 19 de febrero de 2016 fue llamado a la oficina de su jefe inmediato quien le informó que por pertenecer a la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo «USO» tendría que salir a descanso no remunerados por el término de tres meses sin recibir salario, conjuntamente a lo manifestado le ofrecieron una propuesta consistente en que si de forma voluntaria renunciaba a la «USO» la empresa lo pondría a trabajar en el área de FIT donde el salario que recibiría sería solo el básico, propuesta que no fue aceptada.

Indicó que, en el transcurso de tres meses de descanso obligatorio fue contactado por el señor Renato Patiño, del área de Recursos Humanos de la Sociedad accionada, quien le comunicó dos propuestas consistentes de $30.000.000 y $60.000.000 respectivamente, a cambio de que renunciara voluntariamente, pero él no aceptó, entonces le hicieron una nueva propuesta por valor de $62.000.000 la cual sí fue aceptada en atención a las obligaciones que tenía; que, en fechas posteriores a la firma del acuerdo, se realizó exámenes de egreso donde le informaron que sus problemas de espalda y salud son de origen laboral, al conocer dicho resultado intentó comunicarse con quien fue su jefe inmediato, para infórmale de dicho dictamen, pero le respondieron que la Sociedad, ya no tiene ningún vínculo laboral; que, por su estado de debilidad manifiesta, no ha podido vincularse a un nuevo empleo de carácter fijo (fls. 3-18)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **SOCIEDAD SCHLUMBERGER SURENCO S.A.**, mediante escrito visible a folios 92 a 119, dio contestación

en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con el contrato de trabajo suscrito con el actor, los extremos de la relación laboral, el salario y cargo desempeñado. Propuso la excepción previa de cosa juzgada, que el a-quo, declaró probada en audiencia celebrada el 31 de octubre de 2018 (fls. 227-230), pero esta Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 11 de junio de 2019, recovó esa decisión y ordenó el estudio de la excepción de cosa juzgada, de fondo al momento de la sentencia (fls. 235-236).

También propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación, falta de título y causa del demandante, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2019, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de cosa juzgada; absolvió a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante; al considerar que, en atención al acuerdo transaccional suscrito entre las partes, no podía hablarse de un despido por parte de la Sociedad accionada, ya que, al estar frente a una situación donde ambas partes de forma libre y voluntaria acordaron dar por terminada la relación laboral, transando además cualquier diferencia y acreencia laboral adeudada al actor, sin que se logre avizorar la existencia de algún vicio en el consentimiento, hace al acuerdo totalmente valido.

Por otro lado, determinó el *a quo*, que el demandante, no acreditó que estuviese protegido por la garantía de estabilidad laboral reforzada al momento del fenecimiento del vínculo laboral, pues lo cierto es que el promotor de la Litis no se encuentra calificado con pérdida de la capacidad laboral desde el punto de vista de la jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Laboral, y si bien se determinó que las patologías que presentó tuvieron un origen laboral, no es menos cierto es que no fue calificado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandada, solicitó confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a Derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si fue acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, que negó las pretensiones del demandante, declarando probada la excepción de cosa juzgado, por existir acuerdo previo entre las partes, para terminar el contrato de trabajo.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de discusión, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, del 08 de mayo de 2012 al 19 de febrero de 2016; vinculo en el cual el actor se desempeñó como operador de entrenamiento G03, devengando como último sueldo básico la suma de $1.184.163 (fls. 31, 32-46, 68-72, 120-136 y 152-184)

DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO DE TRANSACCIÓN

Conforme al artículo 53 de la Constitución Política, la facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles constituye uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo.

La transacción además se ser un contrato o acuerdo de voluntades, es un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el trabajador y el empleador, en el cual las partes involucradas expresan su voluntad de dar por terminado un conflicto existente o de evitar un conflicto futuro, dicho acuerdo implica que las partes intervinientes transen, cedan, o se pongan de acuerdo en los aspectos en discusión para dar por terminado el conflicto.

Por otro lado, esta figura está definida como un contrato en donde las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, de acuerdo con el artículo 2469 del C.C., válido en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, acorde con el artículo 15 del CST; al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de julio 2011, con radicación 49792, indicó:

> *"En efecto, la transacción, como mecanismo o forma de terminación anormal del proceso es sabido, consiste en un contrato, convención o acuerdo mediante el cual las partes extrajudicialmente ponen fin al litigio haciéndose concesiones mutuas y recíprocas. En tal caso, por fuerza del efecto de cosa juzgada que le acompaña, la transacción impide el resurgimiento de la controversia judicial que fue su objeto entre quienes la suscribieron, así como que las obligaciones que de allí surjan pueden demandarse ejecutivamente.*

Similar predicamento puede hacerse de la transacción extrajudicial que tiene por propósito precaver un litigio futuro.

La transacción, además de constituir un acto jurídico con consecuencias sustanciales, también es un acto procesal válido en el proceso laboral. Como no existen disposiciones propias de su ordenamiento procedimental que reglen dicho acto, debe acudirse para ello a las que lo hacen en el procedimiento civil, por virtud de la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En tal sentido, el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil prevé que la transacción puede hacerse 'en cualquier estado del proceso', incluso, con posterioridad al agotamiento de las instancias, esto es, para 'transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia'. Ergo, el recurso extraordinario de casación no escapa al ámbito de aplicación de la citada figura, pues es claro para la Corte que aun cuando su trámite se surte con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, no lo es porque el proceso se haya terminado, sino todo lo contrario, porque la sentencia de segunda instancia no está en firme, dado que se encuentra impugnada por fuerza precisamente del recurso extraordinario. De tal manera que, siendo el recurso extraordinario de casación parte del proceso laboral, la transacción es susceptible de producirse durante su trámite y aún después de dictarse la sentencia que lo resuelva, para, como ya se dijo, 'transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia'"

En síntesis, el contrato de transacción es una forma de terminación anormal de un proceso judicial e igualmente puede precaver un conflicto futuro; tiene efectos de cosa juzgada, presta mérito ejecutivo, y se puede plantear incluso durante el trámite del recurso extraordinario de casación, y aún después de dictarse la sentencia que lo resuelva, en este caso para transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.

Llegados a este punto del sendero, debemos indicar, que, si bien las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral, para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de cosa juzgada, no debe ser con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, pues la conciliación es un instituto jurídico concebido «*como un acto serio y responsable de quienes lo celebren y como fuente de paz y de seguridad jurídica»,* (CSJ SL, del 9 de mar. 1995, rad. 7088), sino con el fin de que el Juez Laboral analice temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación, tales como: *i)* el cumplimiento de presupuestos formales, como lo sería que sea aprobada por una autoridad competente; *ii)* la inexistencia de vicios en el consentimiento; *iii)* la no violación de normas de orden público, y *iv)* el no desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles (CSJ SL, del 13 de mar. 2013, rad. 44157).

Respecto a los requisitos del contrato de transacción laboral, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en sentencia con radicación 75199 del 7 de junio de 2017:

"Esa figura jurídica, la de transacción, ha sido analizada por esta Corte en distintas oportunidades, en las que ha presupuestado que la transacción resulta válida cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C.

> *Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas."*

El contrato de transacción no requiere solemnidad alguna, y ni siquiera es necesario que se llame contrato de transacción como bien lo señala la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 50538 del 6 de diciembre de 2016, donde señaló:

> *"De otra parte, en relación a la solemnidad del acto, es suficiente el acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento, y a su vez, no es necesario que se celebre de modo especial un contrato que indispensablemente lleve el nombre de contrato de transacción, en razón a que dicho convenio puede pactarse y existir, cumpliendo los requisitos legales del mismo."*

El contrato de transacción laboral es válido sólo si trata sobre derechos inciertos y discutibles, pues los derechos ciertos e indiscutibles no se pueden transigir ni renunciar por expresa disposición legal. Entonces: ¿Qué es un derecho cierto e indiscutible?

Se puede afirmar que un derecho es cierto e indiscutible cuando no existe duda respecto a su existencia, donde el derecho se juzga real y reconocido sin la necesidad de que un proceso probatorio que lleve a su convencimiento. Una relación laboral por disposición legal genera una serie de derechos mínimos que no son renunciables y que no se deben probar pues se dan como un hecho cierto por su origen legal, tales como el salario, las prestaciones sociales, la seguridad social, etc.

El derecho a las prestaciones sociales, por ejemplo, no es discutible; lo que puede ser discutible es el monto de las prestaciones sociales, que es muy diferente. El empleador, no puede alegar que el trabajador, no tiene derecho a prestaciones sociales, pero sí puede discutir el valor que se debe reconocer por ese concepto, pues ese valor puede variar por distintos conceptos que se pueden incluir o no en la base para su liquidación.

Las horas extras son un derecho del trabajador, pero son discutibles en la medida en que debe probarse que se laboraron, y el empleador puede decir que no existieron horas extras y el trabajador que sí, y si no hay pruebas de ello, se trata de un derecho incierto y discutible susceptible de ser transado. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de abril de 2018, con radicación 49725, dijo al respecto:

> *"Asimismo, en torno a las condiciones necesarias para que un derecho se torne cierto e indiscutible, la Corte ha establecido que los beneficios y garantías que pueden recibir dicho rótulo no son exclusivamente los contemplados en normas legales, sino que también pueden hacer parte de dicho conjunto los contemplados en convenciones, laudos o cualquier otro instrumento colectivo vinculante. (CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19672). Del mismo modo, ha dicho la Sala que para que un derecho pierda la calidad de*

cierto e indiscutible, no basta con que el empleador lo cuestione en el curso de un proceso, de manera tal que cualquier beneficio o garantía pueda ser renunciable por el trabajador, so pretexto de que el empleador controvierta su nacimiento, por lo que, ha discernido, «…un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad…» (CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332 y CSJ SL4464-2014, entre otras).

En virtud de lo anterior, la Corte considera preciso destacar que la cualificación de un derecho, beneficio o garantía, como derecho cierto e indiscutible, depende de las circunstancias particulares de cada caso y el respectivo análisis debe estar mediado, entre otras cosas, por factores tales como la fuente del derecho, la estructura normativa a partir de la cual se define y el cumplimiento de los requisitos necesarios para su causación."

En ese orden de ideas, basta solo con realizar una lectura de los pedimentos elevados por el actor, en su escrito de demanda, a fin de determinar que sus pretensiones se encuentran enfiladas al obtener un eventual reintegro, esbozando que es sujeto de especial protección en atención a la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, situaciones que como bien se analizó por parte del Juez de Instancia, no aparece acreditada dentro del plenario, máxime cuando para el momento del despido no había sido calificado como discapacitado en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997.

Por otro lado, ha de indicarse, que el demandante, no ataca en ningún momento el acuerdo transaccional celebrado, y mucho menos aduce que sobre el mismo existiera la configuración del algún vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo) que contara con la identidad suficiente para declarar la nulidad del acto. Por otro lado, lo que si se observa es que dentro del acuerdo no se logra evidenciar que se hayan visto vulnerados derecho ciertos e indiscutibles. Razones por la cuales se confirmará la sentencia consultada.

Sin costas en este grado jurisdiccional. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida el 02 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **HELDER ALBEIRO VERANO MORENO** en contra de la **SOCIEDAD SCHLUMBERGER SURENCO S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502120180027l-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – devolución saldos afiliado fallecido.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la interviniente excluyente DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 05 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARMEN CALDERÓN** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y con la intervención excluyente de **DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN**.

ANTECEDENTES

CARMEN CALDERÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare beneficiaria de su hijo fallecido JORGE ORLANDO CALDERON; y, en consecuencia, se ordene la devolución de la totalidad del saldo abonado en su cuenta de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional a que haya lugar, junto con las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, es madre de JORGE ORLANDO CALDERON, quien en vida se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR S.A.; que, el 21 de septiembre de 2016, el causante, contrajo matrimonio con la señora DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN; que, el mencionado señor, fue asesinado el 21 de diciembre de 2008 y su cónyuge, la señora BERMÚDEZ GARZÓN, fue condenada como coautora responsable del homicidio agravado.
Refirió que, como madre del fallecido, dependía económicamente de su hijo, sin que le pueda asistir derecho alguno a DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN, para reclamar la devolución de los aportes pensionales; que, el causante, no procreó hijos, siendo la actora, su única beneficiaria; que, el 5

de diciembre de 2016, se acercó a la AFP PORVENIR S.A., a solicitar el derecho reclamado, sin embargo, la Administradora demandada, se negó a realizar la devolución deprecada argumentando que existía una beneficiaria con mejor derecho que ella; que, interpuso acción de tutela, ante el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá, pero esa autoridad se declaró inhibida para decidir, por existir otros medios de judiciales para reclamar el derecho (fls. 2-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, dio contestación en término, manifestando que ni se opone ni se allana a las pretensiones de la demanda, por cuanto es el Juez, el único llamado a resolver el conflictos de beneficiarias que se presenta en este asunto. Respecto a los hechos dijo no constarle en su mayoría, salvo los relacionados con la petición de la actora y la respuesta negativa dada por esa Administradora. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, la innominada o genérica, prescripción y compensación; adicionalmente solicitó la integración del litisconsorcio necesario con la cónyuge del causante DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN y llamó en garantía a BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. (fls. 200-209).

Por auto del 28 de mayo de 2019, la Juez de Primer Grado, ordenó la vinculación al proceso de DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN, como interviniente excluyente y admitió el llamamiento en garantía de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. (fl. 237).

BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., ni se opuso, ni se allanó a las pretensiones de la demanda; dijo no constarle ninguno de los hechos de la misma; aclarando, en cuanto al llamamiento en garantía, que existe una póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, pero la misma no guarda relación con el objeto de la demanda, esto es, la devolución de saldos acumulados en la cuenta individual del causante, recurso cuya administración y custodia son del resorte exclusivo de la AFP PORVENIR S.A., formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y las demás que resulten probadas en el proceso (fls. 250-256).

DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN, compareció al proceso a través de curador ad litem, quien dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la actora; aceptó la mayoría de los hechos, conforme a la documental aportada con la demanda; no formuló excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de octubre de 2021, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y prescripción propuestas por la AFP PORVENIR S.A.; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer a la

demandante, como beneficiaria del afiliado JORGE ORLANDO CALDERÓN, la devolución de los valores acumulados que se hallen en la cuenta de ahorro individual de aquel, como afiliado causante, incluyendo rendimientos financieros y bonos pensionales que integren la misma, si a ello hubiese lugar; declaró probadas las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por la llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.; impuso costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la llamada en garantía y concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de la interviniente excluyente DIANA KATHERINE BERMÚDEZ GARZÓN.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, por ser la única beneficiaria de la devolución de saldos, causada por el fallecimiento de su hijo Jorge Orlando Calderón, como se determinó en Primera Instancia.

La AFP PORVENIR S.A., también solicitó confirmar la sentencia de Primer Grado, por considerarla ajustada a la legalidad.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al ordenar la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del señor JORGE ORLANDO CALDERON, a favor de la demandante, en su condición de progenitora del causante o si le asistía el derecho a la cónyuge supérstite del fallecido, pese a encontrarse involucrada en la muerte del mismo.

DE LA CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A LA AFP DEMANDADA Y DE SU CONDICION DE HIJO DE LA DEMANDANTE

Se tiene por acreditado y no fue objeto de discusión que el señor JORGE ORLANDO CALDERÓN, estuvo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, inicialmente en el Seguro Social hoy COLPENSIONES, desde el mes de abril de 1995 y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., desde el 28 de diciembre de 2006, realizando cotizaciones como trabajador dependiente de manera ininterrumpida hasta diciembre de 2008 (fls. 21-25, 210-214 y 316-320).

De otra parte, no es materia de controversia la relación de parentesco que detenta la promotora de esta actuación con el afiliado fallecido, la que por

demás se corrobora con el registro civil de nacimiento de éste obrante a folio 17.

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS DEL AFILIADO FALLECIDO

Comoquiera que, es la fecha del fallecimiento del señor JORGE ORLANDO CALDERÓN, la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso de aquel se produjo el 21 de diciembre de 2008 como se lee en el registro civil de defunción que obra a folio 28, se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993 según el cual, *"Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar".*

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, reza:

> *"Art. 74.- Modificado. Ley 797 de 2003, art. 13. Son beneficiarios de la pensión de sobreviviente:*
>
> *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;*
>
> *b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*
>
> *…*
>
> *d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste."*

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró exequible el literal d) de la norma referida, salvo la expresión *"de forma total y absoluta"* señalada entre corchetes que fue declara inexequible, indicándose;

> "*Partiendo de estas consideraciones, se concluye que* ***la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante*** *a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual*

que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, ***desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.***

Por lo anterior, la Corte declarará inexequible la expresión: "de forma total y absoluta" *prevista en la disposición acusada,* ***para que, en su lugar, sean los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.***

Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. *En este contexto,* ***es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica."*** (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, es necesario entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de determinar si pese a la existencia de cónyuge supérstite, con mejor derecho, la demandante, en su condición de madre del afiliado fallecido, es la beneficiaria de la devolución de saldos deprecada.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, registro civil de matrimonio del causante y Diana Katherin Bermúdez Garzón, celebrado ante la Notaria 26 del Círculo de Bogotá, el 21 de septiembre de 2006 (fl. 19); sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de La Mesa – Cundinamarca, de fecha 25 de julio de 2011, en la que se condena a Diana Katherin Bermúdez Garzón, a 412 meses de prisión, como coautora responsable del delito de homicidio agravado del causante JORGE ORLANDO CALDERÓN (fls. 26-45), decisión confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca (fls. 46-82) y cuya casación fue inadmitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 23 de mayo de 2012 (fls. 83-98).

También se aportó, respuesta dada por la AFP PORVENIR S.A. a la acción de tutela interpuesta por la actora, contra esa Administradora, informando que la demandante, no tiene derecho para acceder a una pensión de sobrevivientes en el RAIS, por existir otros beneficiarios con mejor derecho (fls. 94-107 y 110); sentencia de tutela, del Juzgado 7 Civil Municipal de Oralidad, del 11 de julio de 2017, que le negó a la señora CARMEN CALDERON, el amparo solicitado (fls. 117-123); consulta RUAF de la demandante, donde consta su afiliación al régimen subsidiado de Salud, así como que durante los años 2013 a 2020 recibió un subsidio económico de

apoyo para el adulto mayor (fls. 177 y 326-329); reclamación de devolución de saldos presentada por la progenitora del causante, el 01 de marzo de 2017 (fls. 217-222); reclamación de prestaciones económicas radicada por Diana Katherin Bermúdez Garzón, ante la AFP PORVENIR S.A., el 13 de marzo de 2018 (fls. 223-227); consulta SIAFP causante (fl. 330 reverso).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante informó que para el año 2008, ella trabajaba por días, en oficios varios, 4 días a la semana y que el único que le ayudaba en su manutención era su hijo fallecido, que vivía con ella y una hermana de la actora, tía del causante y ellos dos se hacían cargo de los gastos del hogar, que era como de $1.000.000 de los cuales $800.000 eran para arriendo y $160.000 para alimentos; que, el señor Jorge Orlando Calderón, nunca vivió con la esposa, cada uno vivía en con sus papás; que el fallecido trabajó en un almacén de productos de odontología; que, en la actualidad ella recibe una ayuda de $120.000 por parte del Gobierno Nacional y trabaja 4 días en oficios varios, donde le pagan $30.000; que, el causante la tenía afiliada como beneficiaria en Salud; que, con lo recibido por oficios varios, ella se compraba sus cosas, pero no aportaba para arriendo, de vez en cuando colaboraba para mercado, pero el causante le daba $50.000 quincenal para sus gastos; desconoce si el fallecido le daba dinero a la esposa, pero reitera que ellos nunca convivieron.

También declaró en el proceso, el señor LUIS ALFREDO TAUTIVA BENÍTEZ, quien dijo conocer a la demandante, por más de 20 años, porque es su madrina; que, era amigo del señor Jorge Orlando Calderón; que, el causante y su progenitora vivían juntos en el barrio Ciudad Jardín Norte, y también compartían la vivienda con una hermana de la señora Carmen Calderón; que, el testigo veía al señor Calderón los fines de semana con una muchacha muy joven, pero entre semana, siempre estaba en la casa sólo, luego se enteró que esa mujer era la esposa, que se había casado a escondidas, pero, que no vivían juntos, que, Jorge Orlando le había prometido a la joven que cuando ella terminara la Universidad, donde estudiaba algo de odontología, ahí sí se irían a vivir; que, en la casa vivían 3 personas, pero el fallecido asumía más de la mitad de los gastos, porque tenía más ingresos que su tía y la mamá; que, la actora trabajaba esporádicamente, 1 o 2 veces a la semana, en casas de familias, por 4 o 5 horas, y recibía, más o menos $30.000 por día, pero era para sus gastos y en muy poco podía contribuir para las necesidades del hogar; que, el causante, no tuvo hijos, le pagaba la Universidad a la esposa y como tenía un local de mecánica dental, ella sacaba de ahí todos los elementos para su estudio.

De las pruebas antes reseñadas efectivamente se advierte que el causante, para la fecha de su fallecimiento tenía una sociedad conyugal vigente con la señora Diana Katherin Bermúdez Garzón; sin embargo, ella estuvo implicada en las causas de su fallecimiento, por lo tanto, aun cuando tiene la condición de cónyuge supérstite beneficiaria, en los términos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que, como indicó la Corte Constitucional, en sentencia T-222 de 2017, la interviniente excluyente, no se encuentra legitimada para recibir la devolución de saldos reclamada, por

ser la persona penalmente responsable de la muerte dolosa del causante; en este sentido la jurisprudencia en mención, señaló:

> *"…3. Es cierto que el legislador reguló, en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, quiénes pueden, bajo un determinado orden de prelación y el cumplimiento de requisitos previstos en la propia ley, beneficiarse de la pensión de sobrevivientes. Bajo este entendido, en principio, tanto José y Lucero, en la calidad de hijos de la causante, como el señor Mauricio, cónyuge supérstite de Renata, gozarían de la condición de beneficiarios de la pensión que ella cotizó. Así, en estricto sentido legal y como concluyó Protección S.A. después de corroborar el acatamiento de las exigencias de ley, mientras cada uno de los accionantes tendría derecho al 25% de la referida pensión, el señor Mauricio resultaría beneficiario del 50% restante. Por esta razón, la reserva de este porcentaje a favor del demandado sería una postura acorde con la normatividad en materia pensional.*
>
> *4. Sin embargo, aplicar dicha regulación al escenario fáctico aquí planteado, según el cual, el propio beneficiario causó de manera dolosa la muerte de la causante, ocasionaría una consecuencia jurídica injusta, irrazonable e incompatible con la Constitución. De hecho, esta Corporación considera que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 presenta una laguna axiológica frente a este caso excepcional, en el cual el señor Mauricio fue el penalmente responsable de la muerte de la señora Renata, en la medida que subsumir el caso en los presupuestos legales del Sistema General de Pensiones provocaría una consecuencia incompatible con i) la finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes y ii) el principio de interés superior del menor.*
>
> *De ahí que, se concluya que el legislador estableció el alcance de la pensión de sobrevivientes o sustitutiva desde el escenario fáctico de uso común y generalizado. Es decir, bajo la regla de que prima facie todo integrante del núcleo familiar del causante, a partir de un determinado orden de prelación y demostrado el cumplimiento de los requisitos de ley, goza de la calidad de beneficiario. El legislador ni valoró las circunstancias especiales o excepcionales a la regla, como la aquí planteada, ni tampoco fijó las consecuencias jurídicas a aplicar ante su ocurrencia. Por lo que, desde esta óptica, no resulta razonable suponer que el escenario en el cual el señor Mauricio, en calidad de beneficiario, causó con intención la muerte de la afiliada a Protección S.A., pueda decidirse con la simple aplicación de la norma atrás referida.*
>
> *5. Como se explicó con anterioridad, la pensión de sobrevivientes constituye una garantía esencial para la familia, al instituirse en el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que su conformación no solo se determina por los aspectos formales, sino también, bajo los criterios materiales que la caracterizan. Así las cosas, para la Sala, resulta irrazonable considerar que la persona que mató a su esposa y destruyó el hogar, por la aplicación literal del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, pueda beneficiarse de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite.*
>
> *Cabe resaltar que, como quedó demostrado en el proceso, aun cuando el señor Mauricio fuere el cónyuge de la señora Renata al momento de su muerte y del mismo se esperaba cuidado y respeto por su pareja, la conducta por éste desplegada sobre la humanidad de la que fuera su esposa quebrantó su derecho fundamental a la vida, inviolable desde de la vista constitucional, así como el resto de prerrogativas que concurren a partir de la propia existencia. Al arrebatarle de forma violenta la vida a la señora Renata no solo acabó con el proyecto de vida de ésta, sino que además, causó un perjuicio irremediable sobre sus hijos y la propia institución familiar. Ambos sufrieron la pérdida de su madre, las*

consecuencias sobre la patria potestad respecto del padre y la separación abrupta de su grupo familiar, del que se supone emergen las primeras y más sólidas garantías para su desarrollo armónico e integral.

Así las cosas, no resulta compatible con la institución familiar que consagra la Constitución, ni con las finalidades que de ésta se desprenden frente a la pensión de sobrevivientes, afirmar que, en razón a que las normas de seguridad social fijan quiénes son las personas beneficiarias de tal prestación, Protección S.A. omita sin justificación, como el señor Mauricio incumplió los deberes con la pareja y con la propia institución familiar, a raíz del crimen cometido sobre uno de sus integrantes.

(…)

El inscribir esta conducta en el contexto que prohíbe la ocurrencia de prácticas discriminatorias, además, hace que se refuerce la imposibilidad jurídica de que el señor Mauricio se beneficie de su propia conducta dolosa, pues resulta inconstitucional y socialmente reprochable que la violencia contra la mujer, al contrario de castigarse severamente, provoque para el victimario, como algún tipo de recompensa, la pensión que cotizaba la víctima.

6. De igual forma, como se explicó con anterioridad, la aplicación literal del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 llevaría a una consecuencia contraria al principio de interés superior del menor, dado que, para el caso específico, otorgarle la pensión de sobrevivientes a la persona que ubicó a sus propios hijos en un escenario complejo de vulnerabilidad, desde cuando tenían 6 y 12 años de edad, desconoce el hecho de que priman los derechos fundamentales del menor y su goce efectivo. Como se indicó, el deber de asistencia y protección a la niñez y la adolescencia, en algunos casos, no se agota con la actuación de quienes, en primer lugar, están obligados a la satisfacción plena y efectiva de sus derechos, sino que, además, exige del Estado un grado especial de diligencia a fin de garantizar el desarrollo integral y armónico de los sujetos que están desprotegidos.

(…)

Como se indicó con anterioridad, la regla general del derecho que establece que no se escucha a quien alega su propia culpa tiene como propósito armonizar el ordenamiento jurídico, en el sentido de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas, a raíz de la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma, sino, por el contrario, tiene origen en su propio error, dolo o culpa. Desde esta óptica, resulta razonable resolver el caso bajo la aplicación de esta regla general, la cual es expresión de la propia ley, según ha sostenido esta Corporación y que resulta, además, compatible con los postulados constitucionales que establecen el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y el principio de la buena fe.

9. En consecuencia, para esta Corporación, es inconstitucional que el señor Mauricio se encuentre legitimado para recibir la pensión de sobrevivientes de la persona por la que fue declarado penalmente responsable del delito de homicidio agravado, y sobre la prestación económica que además tiene por finalidad esencial proteger a la institución familiar.

Por las consideraciones anteriormente expuestas es que esta Corte concluye que en cabeza del señor Mauricio nunca se radicó la posibilidad de reemplazar a la señora Renata en el disfrute de la pensión que ella cotizó, pues su comportamiento doloso conllevó la pérdida de la calidad de beneficiario.

Frente a este punto, la Sala considera oportuno aclarar que esta consecuencia jurídica no representa una nueva sanción frente a su conducta penal, ni significa la pérdida de derechos para el señor Mauricio. Lo anterior, en vista de que dicha prestación, como se ha explicado, funda su existencia en principios que propenden por la solidaridad y la protección a la familia y, en segundo término, porque a través de la pensión de sobrevivientes no se discute un derecho propiamente dicho, sino la calidad de la persona para reemplazar al causante..."

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera, la cónyuge supérstite del causante no se encuentra legitimada para acceder a la devolución de saldos deprecada.

Ahora, respecto a la demandante, quien, alega su condición de madre del causante, considera la Sala, que se encuentra acreditada efectivamente la dependencia económica de su hijo fallecido, pues, aunque ella misma aceptó que trabajaba por días, realizando aseo y colaborando en servicios generales, donde devengaba $30.000, también se demostró que la mayor parte de los gastos del hogar eran cubiertos por el señor JORGE ORLANDO CALDERÓN, quien vivía con ella y una tía, sin que se tratara de una simple colaboración por parte del causante hacia su progenitora, sino de un verdadero soporte o sustento económico, ya que el fallecido se encargaba de llevar los alimentos a su familia y respondía por los gastos del arriendo, sin que se demuestre una autosuficiencia de la actora, por recibir esporádicamente los $30.000, que le pagaban por sus servicios de limpieza, todo lo contrario, los gastos y necesidades de su hogar, estaban sujetos a los recursos de su hijo fallecido.

No deben olvidarse los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, en los que se hace referencia a que la dependencia económica exigida a los padres, para acceder a la pensión de sobrevivientes, no puede concebirse como aquella frente a la cual el o los beneficiarios se encuentren en estado de mendicidad o indigencia, en tanto de que la situación de recibir dinero de otras fuentes no significa que sea económicamente autónomo y pueda subsistir sin la ayuda de sus hijos; por lo tanto, se reitera, los ingresos adicionales recibidos por la demandante, en manera alguna resultan suficientes para desvirtuar la dependencia económica, de ésta frente al causante; en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CARMEN CALDERÓN** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503620190029001

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Contrato de trabajo – Vigencia Convención Colectiva de Trabajo y Laudo Arbitral.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada CLUB DE ABOGADOS, en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BLANCA EDILMA PLAZAS ARIAS** en contra del **CLUB DE ABOGADOS**.

ANTECEDENTES

BLANCA EDILMA PLAZAS ARIAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra del CLUB DE ABOGADOS, para que, se condene al demandado, al pago del auxilio extralegal de transporte, auxilio de educación, el suministro o su equivalente en dinero de las dotaciones en uniformes y calzado, prima extralegal de servicios, prima legal de vacaciones, bonificación y suministro de alimentación, derechos consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente y, cuyo pago debe ordenarse desde el 24 de octubre de 2016 y hasta la fecha de la sentencia que ponga fin al proceso; que, se condene al demandado, al pago de las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 01 de junio de 1996, celebró contrato de trabajo a término indefinido con el demandado CLUB DE ABOGADOS, desempeñando el cargo de auxiliar de cocina, en el domicilio principal del demandado, recibiendo como salario mensual la suma de $1.056.535.

Indicó que, se encuentra afiliada a la Organización Sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA PRODUCCIÓN,

DISTRIBUCION Y CONSUMO DE ALIMENTOS, BEBIDAS Y DEMAS SERVICIOS QUE SE PRESTEN EN CLUBES, HOTELES, RESTAURANTES Y SIMILARES DE COLOMBIA – HOCAR, por lo que, es beneficiaria de las Convenciones Colectivas suscritas y vigentes, así como de los Laudos Arbitrales, proferidos para dirimir cualquier conflicto colectivo de trabajo.

Refirió que, el CLUB DE ABOGADOS y la organización sindical HOCAR, el 18 de abril de 2013, suscribieron Convención Colectiva de Trabajo, vigente hasta el 15 de febrero de 2016; no obstante, la parte accionada, el 18 de enero de 2016, presentó ante el Ministerio de Trabajo, denuncia total de la Convención; que, el 02 de febrero de 2016, el Sindicato presentó pliego de peticiones al demandado, reduciendo sus peticiones a *"AUMENTO GENERAL DE SALARIOS, AUXILIO EXTRALEGAL DE TRANSPORTE, AUXILIO AL SINDICATO, ENDOSO DE INCAPACIDADES DECRETADAS POR EL ISS Y VIGENCIA DE LA PRESENTE CONVENCIÓN"*; surtida la etapa de arreglo directo, sin llegar a ningún acuerdo, el Sindicato, solicitó al Ministerio de Trabajo, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, cuya constitución e integración fue ordenada mediante resolución No. 003601 del 12 de septiembre de 2016.

Manifestó que, el 24 de octubre de 2016, el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, emitió Laudo Arbitral, resolviendo en 5 artículos, las peticiones ya mencionadas y respecto a la denuncia total de la Convención Colectiva de Trabajo, dijo que, su clausulado no había sido materia de discusión en la etapa de arreglo directo, por lo que, considera que, los derechos contenidos en ella, existen aún; de ahí que, de forma individual y verbalmente los trabajadores afiliados al Sindicato, le solicitaron a la demandada, el pago de los beneficios convencionales causados, a lo que ésta se negó, alegando que, habían perdido su vigencia, quedando reducidas a los cinco puntos del pliego de peticiones, expresados en el laudo arbitral; que, el 08 de febrero de 2017, radicaron derecho de petición, en el mismo sentido, sin que a la presentación de la demanda haya obtenido respuesta alguna al respecto (fls. 3-9).

La demanda, fue inicialmente admitida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá (fl. 63).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado en legal forma el demandado **CLUB DE ABOGADOS**, dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma; en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la existencia de contrato de trabajo, los extremos, cargo y salario de la actora; aclarando que la Convención Colectiva de Trabajo, existió hasta el 24 de octubre de 2016, cuando entró en vigencia el Laudo Arbitral; además, en la etapa de arreglo directo, se manifestó por parte del Club, que, no había dinero para aumentar las prestaciones convencionales, sino que únicamente alcanzaba para los incrementos del salario básico con el IPC; señaló que, lo expuesto en la parte motiva del Laudo, no es obligante, pues, sólo se debe dar cumplimiento a lo impuesto en la parte

resolutiva del mismo. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, pago y cumplimiento, buena fe.

También, propuso la demandada, la excepción previa de falta de competencia en razón a la cuantía, la cual se declaró probada, en audiencia del 06 de marzo de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Pequeñas Causas Laborales, razón por la que se ordenó remitir el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (fls. 86-88), siendo asignado por reparto al Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, quien, por auto del 31 de mayo de 2019, avocó conocimiento del mismo y dispuso continuar con el trámite correspondiente (fl. 92).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al CLUB DE ABOGADOS, a continuar reconociendo a la demandante, el beneficio convencional de suministro de uniformes y calzado, y a pagar los beneficios convencionales de prima extralegal de servicios, prima extralegal de vacaciones y el suministro de alimentación, desde el 24 de octubre de 2016 y mientras los referidos beneficios se encuentren vigentes, de acuerdo a la cláusulas 8, 11, 12 y 18 del texto convencional; también condenó al demandado, al reconocimiento y pago de la bonificación establecida en la cláusula 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, desde el 24 de octubre de 2016 y mientras el beneficio continue vigente, cuya sumatoria a la fecha de fallo ascendía a la suma de $171.195; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a la parte accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandado CLUB DE ABOGADOS, interpuso recurso de apelación, citando el numeral 1 del artículo 461 del CST, advirtiendo que, no puede subsistir o existir simultáneamente una Convención Colectiva de Trabajo y un Laudo Arbitral; que, la Juez de Primera Instancia, ordenó continuar aplicando la Convención Colectiva de Trabajo, sin pronunciarse respecto al Laudo arbitral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandada, solicitó que se revoque la sentencia de Primera Instancia, comoquiera que, la a-quo, reconoció unos derechos que, si bien existieron en determinado momento, no subsisten y tuvieron como fecha de término el mismo de la vigencia de la Convención Colectiva, esto es, 15 de febrero de 2016. Ahora bien, las demás obligaciones convencionales que el Tribunal de Arbitramento reconoció tuvieron vigencia hasta la fecha de término estipulada en el mismo Laudo Arbitral (16 de febrero de 2018) por cuanto la duración de las Convenciones Colectivas no es indefinida,

esto es, de ninguna manera puede decirse que el conflicto no tiene límite temporal alguno cuando no hay una Convención o Laudo que ponga fin al mismo; además, refirió que, la demandante, no demostró tener derecho a las prestaciones convencionales, ni que, el Club de Abogados, le haya dejado de suministrar la dotación respectiva para cumplir con sus funciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala, deberá establecer, si resultó o no acertada la decisión de la a-quo, respecto al reconocimiento de los beneficios convencionales otorgados a la demandante, pese a la existencia de un Laudo Arbitral, que dirimió un conflicto colectivo entre el CLUB DE ABOGADOS y la Organización Sindical HOCAR.

DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL SINDICATO HOCAR

No fue objeto de discusión en la alzada, la existencia del vinculo laboral entre la demandante BLANCA EDILMA PLAZAS ARIAS y el demandado CLUB DE ABOGADOS, desde el 01 de junio de 1996, vigente a la presentación de la demanda, desempeñando el cargo de auxiliar de cocina y devengando como salario la suma de $1.056.535, como lo aceptó la demandada, al contestar la demanda (CD fl.88).

Tampoco se desconoció, la afiliación de la actora al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA PRODUCCION, DISTRIBUCION Y CONSUMO DE ALIMENTOS, BEBIDAS Y DEMAS SERVICIOS QUE SE PRESTEN EN CLUBES, HOTELES, RESTAURANTES Y SIMILARES DE COLOMBIA – HOCAR, como se evidencia en los desprendibles de nómina visibles a folios 81 a 85, donde se advierte la deducción de la cuota sindical.

DEL LAUDO ARBITRAL Y LOS BENEFICIOS CONVENCIONALES RECLAMADOS

Alega la parte demandada, que no puede subsistir o existir simultáneamente una Convención Colectiva de Trabajo y un Laudo Arbitral, ni menos aún puede la trabajadora, ser beneficiaria de las prerrogativas contenidas en una y otra disposición; más aún cuando la Convención Colectiva de Trabajo finalizó su vigencia, y sólo puede acatarse lo decidido por el Tribunal de Arbitramento.

Al respecto basta señalar que como se advierte de la documental obrante de folios 23 a 26, el 02 de febrero de 2016, el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA PRODUCCION, DISTRIBUCION Y CONSUMO DE ALIMENTOS, BEBIDAS Y DEMAS SERVICIOS QUE SE PRESTEN EN CLUBES, HOTELES, RESTAURANTES Y SIMILARES DE COLOMBIA – HOCAR, presentó ante el Ministerio de Trabajo, *"**DENUNCIA PARCIAL** de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el diez y Ocho* (sic) *(18) del Mes de Abril de 2013, (…) que rige las relaciones laborales entre el CLUB DE ABOGADOS, sus trabajadores"* y ese Sindicato; aclarando en el escrito de denuncia, que ésta versaba sobre la cláusula tercera denominada aumento general de salarios, la cláusula quinta del auxilio extralegal de transporte, la cláusula decima cuarta del auxilio al sindicato, cláusula décima novena de endoso de incapacidad decretadas por el ISS, la cláusula vigésima novena de la vigencia de la Convención; y que, con ella *"se busca que los Numerales, Artículos, cláusulas y aspectos de los mismos denunciados sean sustituidos por otros más favorables, a los intereses de nuestros afiliados y a los demás beneficiarios; quedando por lo tanto excluidos del objeto del conflicto colectivo de trabajo las normas convencionales no contenidas en esta comunicación"* (subraya fuera de texto).

En igual sentido, el pliego de peticiones radicado ante la demandada, el mismo 02 de febrero de 2016, refiere cinco peticiones, relacionadas con las cláusulas convencionales ya citadas (fls. 28-30); y, fue sobre éstas y no respecto a la totalidad de la Convención Colectiva de Trabajo, que se pronunció el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, en el Laudo Arbitral proferido el 24 de octubre de 2016.

En cuanto a la denuncia parcial de una Convención Colectiva de Trabajo, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de abril de 2021, con radicación 87686 reiterada el 09 de marzo de 2022, en la 91379, que:

> *"… en virtud del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se presenta una denuncia parcial de una convención colectiva de trabajo, frente a los puntos no denunciados opera, mediante la presunción de iure, la figura denominada tácita reconducción, esto es, su prórroga automática. Dicho en otras palabras, pero conservando la misma idea, las normas convencionales no denunciadas se prorrogan automáticamente por ministerio de la ley, sin que sea necesario que ello se diga o plasme en el laudo arbitral o en la convención colectiva de trabajo".*

Así las cosas, al haberse efectuado por parte de la Organización Sindical HOCAR, la denuncia parcial de la Convención Colectiva de Trabajo, las cláusulas convencionales, cuya modificación no fue solicitada, ni hicieron parte del conflicto colectivo suscitado entre el CLUB DE ABOGADOS y HOCAR, conservaron su vigencia, razón por la cual, y comoquiera que, las pretensiones de la actora, no fueron objeto del Laudo arbitral, resultó acertada la decisión de la Juez de Instancia, al acceder a su reconocimiento, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Se confirman las costas de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **BLANCA EDILMA PLAZAS ARIAS** en contra del **CLUB DE ABOGADOS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandado CLUB DE ABOGADOS. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de la demandada y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500720180029701

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – bono como factor salarial - Desmejora salarial artículo 140 CST - Solidaridad.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y la demandada DELTEC S.A., en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **NOEL ANTONIO SANTOS VALOYES** en contra de **CODENSA S.A. E.S.P** y **DELTEC S.A.**

ANTECEDENTES

NOEL ANTONIO SANTOS VALOYES promovió demanda ordinaria laboral contra CODENSA S.A. E.S.P y DELTEC S.A., para que, se declare que, durante la vigencia del vínculo laboral, recibió un bono mensual, para retribuir sus servicios, constitutivo de salario, y que, en uso indebido de la facultad contenida en el artículo 140 del CST, la parte demandada, dejó de cancelarle el bono mensual, los salarios pagados a trabajadores, que ocupan el mismo cargo que él, así como su incidencia salarial en cada uno de los derechos laborales, debiendo cancelar a su favor todas las diferencias dejadas de pagar, desde el 07 de junio de 2015, cuando se aplicó de manera indebida el artículo 140 del CST; que, mientras se resuelve un conflicto colectivo de trabajo, entre SINDIREDES y las demandadas, tiene derecho a que se le reconozcan y paguen todas las garantías salariales que devengan los trabajadores vinculados directamente con CODENSA S.A. E.S.P.

En consecuencia de lo anterior, que se condene a las demandadas, a reliquidar y pagar todas las diferencias que resulten a su favor, teniendo en

cuenta como factor salarial el bono mensual, por la realización de su especial actividad como operario de línea viva; pagar, con efecto futuro los derechos dejados de cancelar a partir del 07 de junio de 2015; pagar la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; pagar el IPC o ajuste de valor e intereses moratorios, sobre las obligaciones vencidas y no canceladas oportunamente; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, CODENSA S.A. E.S.P., está autorizada legalmente para distribuir y comercializar energía eléctrica y, para cumplir con esa tarea contrata personal a través de terceros como DELTEC S.A.

Refirió que, se vinculó a DELTEC S.A., el 27 de abril de 2010, mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada; vínculo que, según sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 16 de agosto de 2013, se estableció como de duración indefinida; que, inicialmente, se desempeñó como liniero línea muerte y mediante otrosí al contrato de trabajo, suscrito el 01 de febrero de 2011, se modificó la denominación del cargo a operario GT de línea energizada, el cual ostentaba hasta la presentación de la demanda.

Indicó que, para el año 2015, devengaba como salario la suma de $1.420.958, más $300.000 por trabajo en tiempo extra, jornada nocturna, domingos y festivos y, por su especial actividad, recibe un bono mensual habitual, equivalente a $500.000, el cual le es entregado mediante bonos Sodexo o consignación en efectivo a través de su cuenta de nómina, pero, pese a retribuir sus servicios, no ha sido objeto de inclusión salarial; además que, para el 07 de junio de 2015, su salario no fue incrementado y ni siquiera fue objeto del ajuste mínimo, pese a que otros trabajadores de las demandadas, que ocupan el mismo cargo, para 2016, recibieron $2.126.850 y para 2017 $2.275.730.

Manifestó que, el 15 de diciembre de 2012, varios trabajadores del sector energético, fundaron el Sindicato Red de Empleados de Energía y los Servicios Públicos Domiciliarios – REDES, donde el actor, fue elegido como miembro de la Junta Directiva y designado Secretario de Seguridad Social, Seguridad y Salud en el Trabajo y recreación, lo que generó a su favor la garantía del artículo 405 del CST, por lo que el 02 de enero de 2013, cuando DELTEC S.A., decidió dar por terminado su contrato de trabajo, presentó demanda de fuero sindical, que también correspondió al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2013-0194, que culminó con fallo a su favor por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 16 de agosto de 2013, ordenando su reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales, orden que DELTEC S.A., hizo efectiva el 30 de mayo de 2014, de forma parcial, cursando actualmente proceso ejecutivo, en su contra, por el no pago de los salarios dejados de devengar.

Que, luego de su reintegro, se le permitió desarrollar sus funciones de operario de grupo técnico de línea energizada hasta el 20 de mayo de 2015, cuando, a través del jefe de Gestión Humana, DELTEC S.A., le informó la decisión de concederle vacaciones a partir del 21 de mayo y hasta el 06 de junio de 2015 e igualmente le indicó que quedaba relevado de la obligación de prestar sus servicios, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 140 del CST, comprometiéndose al pago de los salarios y prestaciones de Ley; sin embargo, fue objeto de una desmejora, pues, dejó de recibir el bono mensual, así como el pago de horas extras, tiempo suplementario, jornada nocturna, domingos y festivos, lo que disminuyó su promedio salarial y por ende, el valor de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; que, ante la desmejora en las condiciones laborales, haciendo uso del fuero sindical, presentó demanda, que correspondió al Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, el que mediante providencia del 31 de agosto de 2016, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 15 de septiembre del mismo año, declaró la prescripción de la acción de fuero sindical, dejando claro el Juez colegiado que, efectivamente DELTEC S.A., había desmejorado sus condiciones laborales.

Relató que, la demandada DELTEC S.A., como justificación para aplicar el artículo 140 del CST, le comunicó que, el contrato para el cual él había sido vinculado terminó el 30 de abril del 2015 y no existía en la ciudad de Bogotá un contrato vigente, a través del cual pudiera prestar sus servicios como operario técnico de línea energizada; afirmación que, no es del todo cierta, pues, a partir de mayo de 2015, DELTEC S.A., conformó una Unión Temporal, con ANDISES, a través de la cual dio continuidad a la contratación de las mismas labores con CODENSA S.A. E.S.P., contrato comercial, vigente a la presentación de la demanda.

Dijo que, en virtud del conflicto colectivo de trabajo, suscitado entre SINDIREDES, CODENSA S.A. E.S.P y DELTEC S.A., el cual no pudo agotarse en la etapa de arreglo directo, una vez conformado el Tribunal de Arbitramento, por el Ministerio de Trabajo, CODENSA S.A. E.S.P., interpuso los recursos de ley y mediante resolución 702 del 3 de marzo de 2016 se dispuso que no era procedente la conformación del tribunal, porque ya existía un conjunto de beneficios extralegales similar al contenido en el pliego de peticiones; decisión contra la cual el Sindicato, interpuso recurso de apelación, que a la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelto, razón por la cual, le asiste el derecho a los mismos beneficios extralegales de los trabajadores contratados directamente por CODENSA S.A E.S.P. (fls. 1-40).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas DELTEC S.A. y CODENSA S.A. E.S.P, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

DELTEC S.A., aclaró que, el demandante fue contratado como operario en línea desenergizada, para el contrato comercial No. 5800004707 con CODENSA S.A., sin embargo, dicho vínculo comercial terminó y en consecuencia el cargo del actor desapareció definitivamente de su planta de personal, siendo esa la razón por la que se dio aplicación al artículo 140 del CST, sin que exista desmejora alguna, pues devenga un salario, no se encuentra exponiendo su vida como los demás operarios de línea viva, y si bien no recibe el bono mencionado, es porque tal beneficio se concede por mera liberalidad aquellos operarios que realizan maniobras en campo previo el cumplimiento de los protocolos de seguridad para la ejecución de la labor para la cual fueron contratados, previo estudio por parte de sus superiores del cumplimiento en materia de seguridad, calidad y productividad por cada operario en terreno, habiéndose además demostrado que el señor SANTOS VALOYES, es inseguro en terreno, por lo que podía exponer su vida y la de sus compañeros; que, tampoco hay lugar al pago de horas extras, trabajo suplementario o recargos que no se generan y qué por obvias razones implican una variación en el salario. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 1-15 C.2).

CODENSA S.A. E.S.P., alegó que, el demandante, fue contratado exclusivamente para cumplir con el objeto social de DELTEC S.A. y no para prestar servicios personales y subordinados hacia CODENSA S.A. E.S.P; sin que exista la solidaridad deprecada, pues, aunque las actividades desarrolladas por DELTEC S.A., son referentes a contratos de obras o reparaciones de intereses para esa Empresa, no se puede generar un entendimiento impropio de la norma, ya que, la misión empresarial de CODENSA S.A. E.S.P, está orientada a las actividades de distribución y comercialización de energía. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida, falta de legitimación en la causa por pasiva, CODENSA S.A. E.S.P., no es responsable de las obligaciones insolutas de la empresa DELTEC S.A., carencia del derecho, prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, compensación y la genérica. Igualmente llamó en garantía a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y SURAMERICANA S.A. (fls. 123-142 C.2).

Ambas demandadas propusieron las excepciones previas de prescripción y cosa juzgada; sin embargo, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 27 de febrero de 2019, determinó el Juez de Instancia, que las mismas serían resueltas como excepciones de mérito al decidir de fondo este asunto (fls. 537-540).

Por auto del 31 de agosto de 2018, se admitieron los llamamientos en garantía (fl. 384). Al respecto, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.,** rechazó las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, pues, aunque DELTEC S.A., efectivamente constituyó la póliza No. 1379035/9, lo fue para amparar las eventuales condenas derivadas del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, del contrato No

5600012582, suscrito con la empresa CODENSA S.A. E.S.P., para el cual, no desempeñó labores el demandante. Formuló las excepciones de rechazo al llamamiento en garantía por falta de cobertura (vigencia) de la póliza de cumplimiento a favor de particulares No. 1379035/9 cuyo afianzado es DELTEC S.A., falta de cobertura, prescripción e inexistencia de la obligación (fls. 403-420).

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma y frente al llamamiento en garantía indicó que no se cumplen los presupuestos para que se afecte la póliza No. 8001034873, comoquiera que, no es posible declarar la solidaridad entre CODENSA S.A. E.S.P. y DELTEC S.A., porque el objeto social de la primera es sustancialmente diferente al giro ordinario de la segunda; además, no se ha causado un perjuicio real y demostrado en cabeza de CODENSA S.A. E.S.P., que deba ser indemnizado con cargo a la póliza expedida por esa aseguradora. Propuso las excepciones de prescripción, la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada pactada en el contrato de seguro y la genérica (fl. 440-464).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de enero de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que DELTEC S.A., aplicó de forma indebida el artículo 140 del CST, siendo responsable de las consecuencias por la situación de desmejora laboral del demandante; condenó a DELTEC S.A., a incrementar el salario del actor, en la misma proporción en que se ha incrementado la remuneración de los demás trabajadores al servicio de DELTEC S.A., que desempeñan el mismo cargo o uno de igual categoría al que desempeñaba el señor SANTOS VALOYES, teniendo en cuenta que a 2019 el salario equivalía a $2.300.000 e igualmente los incrementos que se apliquen no pueden ser inferiores al incremento del IPC del año inmediatamente anterior; condeno a DELTEC S.A., a pagar al demandante, las diferencias que resultaren a su favor en el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones, como consecuencia de los incrementos ordenados desde el 07 de junio de 2015 en adelante; condenó a DELTEC S.A., a pagar al actor las diferencias en los aportes a Seguridad Social en pensión, teniendo en cuenta los incrementos del salario ordenados, toda vez que dicho valor afecta la expectativa pensional del demandante, en cuanto al monto del IPC, ese pago deberá hacerse mediante cálculo actuarial que debe realizar la Administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el actor; absolvió a DELTEC S.A., de las demás pretensiones; también absolvió a CODENSA S.A. E.S.P. y a las llamadas en garantía; declaró no probadas las excepciones propuestas por DELTEC S.A., y probadas las formuladas por CODENSA S.A. E.S.P, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.;

condenó en costas a DELTEC S.A., en favor del demandante y a este a su vez, a favor de CODENSA S.A. E.S.P.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación la parte demandante y la demandada DELTEC S.A., interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La **parte demandante**, solicitó revocar parcialmente la decisión de Primer Grado, en relación con la solidaridad de CODENSA S.A. E.S.P., porque, las labores desarrolladas por DELTEC S.A., están estrechamente ligadas al objeto social de esa demandada y aunque el actor, no realizó labores directamente para CODENSA S.A. E.S.P., desde su desmejora y hasta la actualidad persiste el vínculo comercial entre las demandadas; además que, dentro del expediente se encuentra demostrado que el actor, devengaba de manera permanente un bono como remuneración directa de sus servicios, hecho confesado por DELTEC S.A., en la contestación de su demanda, por lo que debe tenerse como factor salarial, en virtud del artículo 127 del CST; que, se debe imponer la indemnización moratoria, por no habérsele cancelado al actor, el verdadero valor del auxilio de cesantías.

Por su parte, la demandada **DELTEC S.A.**, indicó que, revisadas las pretensiones de la demanda, se advierte que la parte actora se limitó a reclamar un bono, que por decisión del a-quo, no prosperó, siendo lógico concluir que esa Compañía, debe ser absuelta de la única pretensión planteada en la demanda, pues, del reconocimiento del bono, devenían las reliquidaciones o reajustes; que, en caso de no acogerse ese argumento, también debe tenerse en cuenta, que el Juez de Instancia, entró a estudiar la violación o no de la Ley, por la indebida aplicación del artículo 140 del CST, pese a que esa pretensión no fue planteada en el proceso, argumentando un tema de violación a las normas de seguridad industrial, sin observar, que el verdadero motivo para la aplicación del artículo 140 del CST al trabajador demandante, fue que su cargo había desaparecido, hecho que no fue controvertido por la parte actora, de ahí que mal podría declararse la aplicación indebida del artículo 140 del CST y suponer, sin fundamento, que se debe a una persecución sindical, y peor aún poner en tela de juicio que no se cumplió una sentencia judicial proferida por otro Despacho, actuando en contra del principio de la cosa juzgada; que, la aplicación del artículo 140 del CST, se dio el 4 de mayo de 2015, la demanda se presentó el 16 de mayo de 2018, siendo claro entonces que el demandante, aceptó la aplicación del artículo 140 del CST y no presentó ninguna objeción por más de 3 años, no sufrió ninguna desmejora y debe llevar a la prescripción de dicha petición, que reitera, no es pretensión.

En cuanto a los incrementos salariales, dijo que tampoco era una pretensión de la demanda, sin embargo, y en gracia de discusión, si a ello hubiere lugar,

el Juzgado, reconoció que los aumentos salariales sólo son obligatorios para los trabajadores que devengan el salario mínimo legal mensual vigente, por lo tanto, si lo pretendido era incursionar en un tema de igualdad salarial, eso tampoco está pedido en el expediente como pretensión; que, lo único demostrado en el expediente, es que el trabajador, devengaba más del salario mínimo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte actora, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, en todos aquellos aspectos que fueron desfavorables a sus intereses, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

La demandada DELTEC S.A., reiteró su petición para que se revoque la sentencia de Primera Instancia, pues, ha respetado el mínimo vital del actor, pese a que el cargo por el desempeñado ya no existe y tampoco presta el servicio de manera efectiva por disposición expresa de la Compañía, de manera válida y bajo la figura del artículo 140 del CST; además, Juez de conocimiento, de manera arbitraria, y sin ningún fundamento, decidió incrementar el salario, sin tener en cuenta las condiciones laborales del señor SANTOS VALOYES, independientemente de cualquier consideración que pueda tener, niveló el salario al de un operario de línea energizada que está realizando maniobras con redes energizadas y exponiendo su vida día a día, aplicando tal vez el principio de *"a trabajo igual, salario igual"* que para el caso, no puede aplicarse.

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y CODENSA S.A. E.S.P., solicitaron confirmar la sentencia de Primera Instancia, al encontrarse debidamente probada la falta de solidaridad de Codensa S.A. E.S.P., en el pago de las acreencias laborales reclamadas en la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada DELTEC S.A., la Sala, deberá determinar i) si le asiste o no derecho al actor, al pago del denominado bono mensual y, en consecuencia, si el mismo es constitutivo de salario; ii) si hay lugar al pago de la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; iii) si fue pretensión de la demanda y se ajustó a Derecho, la decisión del a-quo, respecto a la indebida aplicación del artículo 140 del CST; iv) si procede el reajuste salarial

ordenado; y, v) si se encuentra probada la solidaridad de CODENSA S.A. E.S.P., para que concurra al pago de las condenas impuestas.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de inconformidad en la alzada, y así quedó determinado por el Juez de Instancia, que, entre el señor NOEL ANTONIO SANTOS VALOYES y DELTEC S.A., existió un contrato de trabajo, desde el 27 de abril de 2010, vigente hasta la presentación de la demanda, donde el actor se desempeña como operario GT línea energizada (fls. 61-66, 83-114 C.1 y 27-31 C.2).

DEL BONO MENSUAL

Alega la parte actora, en su recurso, que, dentro del plenario quedó demostrado el reconocimiento de un bono mensual, como retribución directa de su trabajo, que nunca le fue liquidado como factor salarial para el pago de sus prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

En cuanto a los conceptos que constituyen salario, entendido éste como la contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios, enseña el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127, lo siguiente:

> *"…ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones…"*

De la norma transcrita se entiende que todo pago hecho al trabajador no importa el concepto o definición que se le dé hace parte del salario. Ahora, el pago que se haga al trabajador debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios.

Y respecto de los pagos que no constituyen salario se ocupa el artículo 128 de este mismo Código cuando prevé:

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

habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad..."

Esto quiere decir que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajador, no pueden considerarse salario, como bien es el caso de las indemnizaciones, viáticos, en los términos del artículo 130 del CST, pagos por mera liberalidad el empleador, etc.

De tal suerte, no es contrario a la ley que en una relación laboral un trabajador reciba pagos que la ley ha considerado que no constituyen salario, o que las partes han acordado no considerarlos como salario por no ser retributivos directamente del servicio.

La principal consecuencia de que un pago no constituya salario es que no se tenga en cuenta para el cálculo y pago de prestaciones sociales, aportes parafiscales y seguridad social, entendiendo como prestaciones sociales el conjunto de beneficios y garantías consagradas a favor de los trabajadores con el fin de cubrir algunos riesgos que se le presenten que tienen su origen y causa en la relación de trabajo y constituyen una contraprestación a cargo de los empleadores, y que por tanto se deben liquidar con base al salario promedio del trabajador y no entran a ser parte de la base los demás pagos que no sean definidos como salario.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, contrato de trabajo suscrito entre el demandante y DELTEC S.A., de fecha 27 de abril de 2010; (fls. 61-63 C.1 y 27-29 C.2); certificación laboral de fecha 24 de mayo de 2011, donde consta que para la fecha el actor devengaba como salario $1.001.272, junto con un *"BONO MERA LIBERALIDAD"*, por $200.000, horas extras por $308.284 y auxilio de transporte de $63.600 (fl. 64); bonos Sodexo por $20.000 (fl. 80); desprendibles de nómina de octubre de 2012 a junio de 2016, donde se relacionan como conceptos devengados sueldo, auxilio de transporte, horas extras, permisos remunerados, incapacidades, vacaciones, aportes a salud y pensión y cuota sindicato CODENSA (fls. 83-114 C.1, 31 C.2 y CD fl. 557); certificaciones de pagos efectuados al actor, entre mayo de 2011 y febrero de 2013, así como delo cancelado en cumplimiento de una sentencia judicial (fls. 566-567).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, señaló que, como operario de línea energizada, al servicio de DELTEC S.A., recibía además del sueldo básico un bono de $500.000, por realizar esa labor especial; que desde el 15 de abril de 2015, se le aplicó a su contrato de trabajo, el artículo 140 del CST, pero, le dijeron que le seguirían pagando todas las garantías laborales, por ser líder sindical; sin embargo, DELTEC S.A., dejó de pagarle el bono mensual, además se le congeló el sueldo; que, los bonos mensuales eran Sodexo Pass, y solo le eran pagados a los linieros de línea viva, sin que dicho beneficio estuviera sujeto a la prestación del servicio, porque les eran cancelado independientemente de su labor, la que además dependía de la empresa, que era quien determinaba las maniobras o el trabajo a realizar; que, el bono mensual, no se encontraba estipulado en ningún pacto o

Convención, ni menos en el contrato de trabajo, sino que era acordado de manera verbal con el representante legal o el gerente de DELTEC S.A.; que, la empresa, les decía que era un pago por mera liberalidad, pero se sabía que si era operario de línea viva, siempre le iban a pagar mensualmente el bono; que, cuando recibía el bono, solo firmaba una planilla y nada más; que, el ultimo bono lo recibió en abril de 2015.

Por su parte, el testigo JUAN CARLOS REDONDO RODRÍGUEZ, trabajador de DELTEC S.A., y quien dijo ocupar el cargo de supervisor de redes energizadas, al respecto informó que, los bonos eran un incentivo por seguridad, calidad y productividad; que, eran entregados a cada uno de los trabajadores de línea viva, de forma mensual; que, eran bonos Sodexo, que solo podían ser utilizados para mercado; que, si cumplía con los 3 parámetros, esto es, seguridad, calidad y productividad, el trabajador recibía el bono completo por $500.000, pero si no, DELTEC S.A., les hacía un descuento en el porcentaje que la empresa tenía determinado para cada concepto; que, DELTEC S.A., actualmente ya no paga ese bono, desde hace más de un año. En igual sentido declaró la señora NIDIA CONSTANZA PEDRAZA ARDILA, coordinadora de Gestión Humana de DELTEC S.A., quien indicó que, en la empresa, ya no está vigente el pago de bonos para trabajadores de línea viva.

Ni la representante legal de DELTEC S.A., ni los demás declarantes en el proceso informaron nada respecto al pago del bono mensual cuyo pago pretende el actor.

Teniendo en cuenta lo anterior, aun cuando el demandante siempre recibió el bono mensual, por desempeñarse como operario GT de línea energizada, pagadero a través de bono Sodexo Pass, debe indicarse que tal beneficio no puede ser considerado factor salarial, ya que se trató de un pago que era otorgado por mera liberalidad por su empleador DELTEC S.A., quien como lo informó el mismo demandante, al absolver interrogatorio de parte, sólo otorgaba este beneficio a los linieros de línea viva, y según el dicho del testigo JUAN CARLOS REDONDO RODRÍGUEZ, era conocido como un incentivo que dependía del cumplimiento de tres presupuestos, seguridad, calidad y productividad, para ser pagado en su totalidad o en el porcentaje de los conceptos que según la Empresa, se cumplieran por parte del trabajador; ni el trabajador podía disponer del mismo, como quisiera, pues, sólo era para la compra de víveres y mercado.

En este orden de ideas, se tiene que el bono mensual Sodexo Pass, no constituye salario, razón por la cual, la reliquidación y el pago solicitado a título de diferencia salarial no se presenta, debiéndose confirmar la absolución sobre este concepto.

DE LA FACULTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 140 DEL CST

Alega la parte demandada, que, las pretensiones de la demanda, sólo se limitaron al reconocimiento del bono mensual, como factor salarial, sin que

en momento alguno se haya solicitado el estudio de la indebida aplicación del artículo 140 del CST; y que, en todo caso, el pago de salarios sin prestación del servicio se dispuso a partir del 4 de mayo de 2015, sin que manifestara inconformidad alguna el trabajador, a quien por demás no se le desmejoró ninguna de las condiciones laborales.

Sea lo primero advertir que, contrario a lo manifestado por DELTEC S.A., en su recurso, conforme a lo señalado en el numeral 5.4. de las pretensiones declarativas de la demanda, el actor, sí solicitó que se declarara el uso indebido de la facultad contenida en el artículo 140 del CST y en concordancia con ésta, en la pretensión condenatoria 5.10., pidió que se condenara a las demandadas, al pago de los derechos dejados de cancelar desde el 07 de junio de 2015, consistentes en el bono mensual, trabajo suplementario e incrementos salariales de acuerdo a la remuneración de los demás trabajadores que ostenten el mismo cargo ocupado por él (fls. 3 y 5).

Precisado lo anterior, en cuanto a la aplicación del artículo 140 del CST, el cual establece: "*Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador*", la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 10 de diciembre de 1987, señaló:

> *"Conviene aclarar que conforme al ordenamiento laboral colombiano, es absolutamente erróneo presumir, como lo hizo el ad quem, la ilicitud de toda disposición patronal tendiente a exonerar al empleado de prestar servicios. Al contrario, conforme al artículo 23, literal b) del Código Sustantivo del Trabajo en el contrato de trabajo el patrono tiene la facultad de poder exigir del trabajador "… el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo…". En otras palabras aquel dispone sobre la utilización o no de la fuerza de trabajo de éste. Además, el artículo 140 ibidem, reconoce expresamente la posibilidad jurídica de que el empleador disponga que el trabajador no preste servicios en vigencia del vínculo laboral.*
>
> *Es obvio, que lo anterior no significa que siempre que el patrono decida que su empleado se abstenga de laborar esté obrando conforme a la ley, pues dependerá de las particulares circunstancias de cada caso, tales como la clase de vínculo laboral, la forma de retribución del trabajador, el modo mismo como se imparta la respectiva orden, los motivos y las consecuencias de ésta. Así, no sería licito disponer el paro del trabajador si ello atenta contra su dignidad personal o sus demás derechos laborales. Pero tampoco es acertado entender que la orden de no prestar servicios signifique por sí mismo un atentado contra la dignidad del operario porque ello equivaldría a presumir su ilicitud, lo cual, según se ha dicho, es errado, máxime en un caso como el presente en que el empleador creyó dar un premio a su servidor, antes de afrentarlo."*

Igualmente, en sentencia del 13 de junio de 2002, con radicación 17425, puntualizó esa Corporación:

> *"Es de la naturaleza de la relación jurídica que se establece entre las partes en el contrato laboral que el empleador dé al trabajador la posibilidad de laborar, que se traduce en que éste pueda efectivamente prestar personalmente el servicio para el que fue vinculado y a cambio del cual se le remunera. Esa es la razón de ser, por ejemplo, de una preceptiva como la del artículo 57-1 del Código Sustantivo del Trabajo. Y sólo puede el dador del empleo exonerar al*

trabajador de laborar, pero de manera excepcional, como lo ha dicho la jurisprudencia, atendiendo en todo caso motivos serios, racionales y justos, pues el capricho y la arbitrariedad en una decisión semejante, comprometen la buena fe que manda el artículo 55 ibidem, generando responsabilidad jurídica a cargo del empleador.

Además la disposición legal de relegar al trabajador a la pasividad laboral, sin ninguna justificación seria, racional y justa, como acontece en el caso, según con acierto lo dedujo el ad quem, deviene abuso de la potestad subordinante y aparte de lesionar el derecho del primero a prestar personalmente el servicio, agrede su dignidad humana, que le da un estado jurídico al poseedor de la energía de trabajo, que impide que se desconozcan sus derechos mínimos. Tal es la razón de la limitación que a la subordinación jurídica del trabajador respecto al empleador, le impone a éste la parte final del literal b) del ordinal 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1º de la ley 50 de 1990."

Claro es que en virtud del contrato de trabajo el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, quien debe ocuparlo real y efectivamente, a cambio de la remuneración convenida, aún en el evento que no se le proporcione ningún trabajo, pues, no hacer uso de los servicios del trabajador, resulta incompatible con la esencia del contrato laboral, que tiene por objeto la actividad productiva y creadora del trabajador.

Al respecto, a folio 67 del plenario, obra documento de fecha 04 de mayo de 2016, denominada *"ACTA DE INFORMACIÓN DE VACACIONES AL TRABAJADOR"*, donde se indica al demandante, que a partir del 21 de mayo de 2015 y hasta el 06 de junio de 2015, de manera oficiosa le fueron concedidos 15 días de vacaciones; y que *"a partir de la fecha, teniendo en cuenta que el contrato para el cual usted prestaba sus servicios terminó el 30 de abril de 2015 y que no existe un contrato en la ciudad de Bogotá D.C., donde usted pueda desempeñar las funciones para las cuales fue contratado como Operario de Grupo Técnico de Línea Energizada, con base en el Artículo 140 del C S del T que reza (…), usted no debe presentarse a laborar, hasta tanto la empresa le comunique lo contrario, garantizándole el pago de su salario y prestaciones de ley. Lo anterior aplica para el tiempo no comprendido dentro de su periodo de sus vacaciones"*.

Asimismo, se aportó comunicación del 19 de mayo de 2015, del Sindicato REDES, dirigida a CODENSA S.A. E.S.P., DELTEC S.A. y la UNIÓN TEMPORAL ANDEL, solicitando respeto a los derecho del demandante, pues, *"El único trabajador contratista, vinculado a CODENSA S.A. E.S.P. a través del DELTEC S.A. que integra la Junta Directiva del SINDICATO REDES y que goza de la garantía de Fuero Sindical, ha sido completamente discriminado y maltratado. Con el argumento de que se acabó el contrato entre CODENSA S.A. y DELTEC S.A. al señor NOEL ANTONIO SANTOS VALOYES se le han quitado todas sus funciones y ha sido enviado arbitrariamente a vacaciones. la Jefe de Gestión Humana de DELTEC S.A., le ha dicho expresamente que por su condición de aforado, no solo debe irse a vacaciones, sino que además queda relevado de todas sus funciones, aunque la Empresa le pagará su salario en los términos del artículo 140 del Código*

Sustantivo del Trabajo. Ambos hechos, constituyen una sanción producto de su condición de dirigente sindical. En ANDEL todos los trabajadores de DELTEC S.A., siguen haciendo para CODENSA S.A. E.S.P. exactamente lo mismo, sin ninguna alteración, cambio o modificación en la prestación personal y subordinada del servicio; y el Señor NOEL ANTONIO SANTOS VALOYES, puede continuar trabajando en las mismas condiciones de sus compañeros de trabajo" (fls.88-89).

También obra diligencia de descargos realizada el 27 de abril de 2015, donde se le cuestionó al actor, por un reporte levantado por el cliente CODENSA S.A. E.S.P., al haber encontrado durante un desembarco en las instalaciones de la empresa una manta abierta perforada y rasgadas dos mangueras de 180 cm de largo y una profundidad aproximada de 4 mm; aclarando el demandante, que, ese día cuando llegaron a la empresa los señores de CODENSA S.A. E.S.P., ya se encontraban allí para revisar todo el equipo que tenían en el carro, estaban las dos mangueras que tenían las pruebas vigentes ya habían sido entregadas 15 días antes, pues, a pesar de estar rayadas funcionaban, en cuanto a la manta, se encontraba con un machucón como que se hubiese rajado con algo, que pudo haber sido el día anterior al momento de terminar la labor; que, los supervisores de CODENSA S.A., les dijeron que por eso solo se haría una observación a la empresa, pero, nunca les hablaron de un IPAL - Indicador de Prevención de Accidentes Laborales, que sólo se coloca en terreno y durante la ejecución de labores.

Indicó el demandante, en el interrogatorio de parte, que, desde el 2015 se le aplicó a su contrato de trabajo, el artículo 140 del CST, por parte de DELTEC S.A., diciéndole que le seguirían pagando todas sus garantías laborales, por ser líder sindical; sin embargo, dejaron de pagarle el bono mensual y demás derechos laborales, además se le congeló el sueldo, que no tuvo ningún tipo de aumento y mientras que para los compañeros que ocupan el mismo cargo ahora de $2.500.000, a él le están pagando $1.420.000; que, DELTEC S.A., alegó que supuestamente no tenían donde ubicarlo en Bogotá, pero tenía contratos en otras partes no solo de la ciudad, sino también del país; señaló que, producto de esa decisión tampoco se le han hecho cursos de reentrenamiento y alturas; que, DELTEC S.A., le mandó un escrito para que se presentara a realizarle unos exámenes, pero la carta le llegó el mismo día que debía presentarse y cuando ya había pasado la hora en la que lo habían citado, por lo que requirió a la empresa en dos oportunidades sin obtener respuesta; que, a la fecha, todavía ostenta el fuero sindical, pues, continua siendo secretario de salud ocupacional del sindicato REDES; que, DELTEC tiene varios contratos actualmente con CODENSA y debe haber por lo menos 50 trabajadores ocupando el mismo cargo que él desempeñaba, como el contrato sur- oriente de Bogotá, donde están la mayoría de compañeros; que, con esa decisión, DELTEC S.A. le ha quitado la oportunidad de adquirir experiencia para ascender como líder o supervisor, que era a lo que él aspiraba; que, en una oportunidad CODENSA S.A. E.S.P., le colocó a DELTEC S.A., una sanción porque en una revisión sorpresa, antes de iniciar labores, llegaron los supervisores de ellos y revisaron los elementos de

trabajo, y encontraron unas mantas con perforaciones, por lo que fue citado a descargos, pero porque él mismo lo solicitó para establecer por qué CODENSA estaba haciendo supervisiones.

Por su parte, la representante legal de DELTEC S.A., señaló que, para el año 2015 , el demandante, fue reintegrado por orden judicial, debido al fuero sindical que ostenta, decisión, en la que además se determinó que su contrato de trabajo era a término indefinido; que, luego él inicio un proceso de fuero sindical, ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, solicitando su reinstalación, pues, por ser objeto de una multa por parte del cliente CODENSA y debido a la terminación del contrato comercial, para el cual el actor había sido vinculado, no tenían donde ubicarlo, entonces se le aplicó el artículo 140 del CST, con el pago de salarios, pero sin prestación del servicio; que, se le negaron las pretensiones del proceso de reinstalación, por prescripción; dijo que, el demandante, sigue activo con la empresa, recibe el salario conforme a la tabla salarial vigente para 2015, pero no cumple funciones en terreno; que, operarios de línea viva existen en diferentes contratos de DELTEC S.A., y con diferentes tablas salariales, pero el actor, no está activo porque todas sus competencias se encuentran vencidas y la empresa considera que no es seguro enviarlo a campo, por lo tanto, es mejor dejarlo en casa, para que no corra riesgo él ni sus compañeros; que, el señor SANTOS VALOYES, fue llamado a descargos, porque no tenía las herramientas de protección y seguridad, y CODENSA hizo una inspección para verificar el cumplimiento de las mismas, por la que le fue impuesta una multa a DELTEC S.A.; que, al demandante, se le citó para actualizar los cursos y capacitaciones, pero no se presentó y finalmente como está en casa y no está expuesto, DELTEC S.A., no ve la necesidad de capacitarlo; que, por el momento la empresa no considera necesario levantar el artículo 140 del CST; que, el salario del operario línea viva no está estandarizado, dependen del perfil, competencias y condiciones ofertadas por cada frente de trabajo, depende de la tabla salarial, de los contratos comerciales y lo que ofrece el cliente.

El representante legal de CODENSA S.A. E.S.P., dijo que esa Empresa, nunca ha tenido ninguna relación laboral con el demandante, sino un vínculo comercial con DELTEC S.A., que, es un proveedor de servicios a favor del CODENSA S.A.; que, en los contratos comerciales, CODENSA S.A. E.S.P., se reserva la facultad de hacer revisiones de seguridad industrial, pero los apremios no le son impuestos a los operarios, sino a las empresas contratistas; que, CODENSA S.A. E.S.P., no reconoce o paga bonos o incentivos para los trabajadores de los contratistas; que, a la fecha de su declaración, existían varios contratos entre CODENSA y DELTEC, para el mantenimiento de líneas de media y baja tensión, preventivo y correctivo, sabe que hay contratos que no han sido liquidados, pero no se sabe si están en ejecución; que, los elementos y herramientas de trabajo de los operarios, son entregados por DELTEC S.A., a sus trabajadores y es obligación de esa Empresa, garantizar que se cumplan los estándares de seguridad.

Los testigos JULIO LINARES, FERNANDO ARTURO PÉREZ VANEGAS y DIEGO ALEJANDRO SUÁREZ COLMENARES, quienes indicaron ser trabajadores de CODENSA S.A. E.S.P., nada informaron en relación con la aplicación del artículo 140 del CST, al contrato de trabajo del demandante. El señor JUAN CARLOS REDONDO RODRIGUEZ, refirió que, el también pertenecía al Sindicato REDES; que sólo vio en una oportunidad al demandante, pero no trabajó con él; que, los reentrenamientos son suministrados por DELTEC S.A., sin embargo, también los trabajadores pueden acudir directamente al SENA, y solicitar los cursos para mantenerse actualizados en sus competencias; que, la empresa tiene una persona de HSQ, encargada de revisar a diario los elementos y herramientas de trabajo de las cuadrillas y reportar todo aquello que necesite cambio, aunque también es responsabilidad del equipo en general verificar su buen estado. La señora NIDIA CONSTANZA PEDRAZA ARDILA, sólo dijo saber que el demandante, estaba contratado per no ejercía labores, desconociendo las circunstancias por las cuales se presentaba esa situación; que, cuando hay algún problema con los elementos de trabajo, el personal debe reportarlo al área encargada para reemplazarlo.

De las pruebas antes señaladas, encuentra la Sala, que, la actitud de DELTEC S.A., de dejar inactivo al trabajador desde junio de 2015, resulta una grave vulneración al deber de utilizar su fuerza de trabajo; comoquiera que, no se advierten, fundadas razones o motivos para relegar al actor y dejarlo en situación de inactividad; nótese como el problema de los elementos de trabajo detectados por CODENSA S.A., no puede ser atribuido al demandante, pues, DELTEC S.A., contaba con personal HSQ para revisar diariamente los elementos de trabajo de las cuadrillas y en todo caso, todos los operarios del equipo y no sólo el señor NOEL SANTOS, estaban en la obligación de detectar e informar cualquier daño en sus herramientas; y que, actualmente se encuentre desactualizado en los cursos de alturas y demás reentrenamientos requeridos para el desempeño de su labor, como consecuencia, de la propia decisión de DELTEC S.A., que, como lo aseguró su propia representante legal, no ve la necesidad de capacitarlo porque está en casa.

Es preciso señalar que, respecto a la no utilización de la fuerza de trabajo por el empleador, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 11173 del 10 de diciembre de 1998, indicó que tal facultad no es omnímoda, absoluta, ni arbitraria, pues debe cumplir una finalidad social y encausarse dentro del principio de la coordinación económica y el equilibrio social; así las cosas, resulta acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto a la indebida aplicación por parte de DELTEC S.A., del artículo 140 del CST.

Razón por la cual, también habrá de confirmarse la sentencia apelada, en cuanto ordenó el reajuste salarial, de prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social Integral, pues, resulta contrario a un Estado Social de Derecho, que, una persona a quien su empleador discrimina y margina del servicio contratado, pueda estar indefinidamente con el mismo salario, cuando a los trabajadores del mismo nivel sí se les aumenta; y es que, el

presente caso, DELTEC S.A., privó del trabajo al actor y le mantiene congelado el salario por varios años, pese a sus reclamos, remuneración que en 2015 equivalía aproximadamente a 3 salarios mínimos y a consecuencia de la congelación quedó reducida a menos de dos salarios mínimos.

Además, contrario a lo manifestado por la parte demandada, en su recurso, el reajuste salarial ordenado por el a-quo, no es una nivelación salarial en los casos en que un empleador viola el principio de a trabajo igual salario igual, discriminando a los trabajadores con la misma jornada de trabajo y que desempeñan funciones similares en condiciones de eficiencia, cantidad y calidad de trabajo también iguales, donde se dan los presupuesto del artículo 143 del CST; ni se desconoce que el aumento automático del salario de los trabajadores, sólo procede para aquellos que devenga del salario mínimo legal; se tata de salvaguardar los postulados de coordinación económica y equilibrio social, dignidad del trabajador, y necesidad de un orden social justo, vulnerados por DELTEC S.A., quien sin justificación válida, durante varios años mantiene congelado el salario del demandante.

De otra parte, precisa la Sala, que, aunque la demandada DELTEC S.A., manifiesta que, pudo operar la prescripción respecto de esta pretensión, no le asiste razón, pues, la aplicación del artículo 140 del CST, comenzó una vez venció el periodo de vacaciones concedido oficiosamente al actor, hasta el 06 de junio de 2015 (fl. 67) y la demanda fue presentada el 16 de mayo de 2018 (fl. 337), es decir, dentro de los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el 488 del CST. adicionalmente, el demandante, presentó reclamación a DELTEC S.A., el 15 de julio de 2017 (fls. 316), interrumpiendo así el término prescriptivo.

DE LA SOLIDARIDAD DE CODENSA S.A. E.S.P

Insiste la parte actora, en que se declare solidariamente responsable a la demandada CODENSA S.A. E.S.P., del pago de las condenas impuestas.

Lo primero que debe indicarse es que la solidaridad entre el contratista de la obra y el beneficiario de la obra se encuentra regulada en el artículo 34 del CST que en lo pertinente enseña:

> *"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.*
>
> *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 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."*

Como puede apreciarse, no hay lugar a hablar de solidaridad entre el beneficiario del trabajo o dueño de la obra y el contratista independiente cuando se trata de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio, de ahí la importancia de establecer con precisión si las actividades que cumple el contratista son ajenas a las que desarrolla el beneficiario de la obra con el fin de determinar el nexo causal y, de contera, su responsabilidad solidaria.

En el caso bajo estudio, CODENSA y DELTEC, suscribieron la orden de compra No. 5800004707 de fecha 29 de marzo de 2010 para el *"suministro de servicios para las actividades de mantenimiento correctivo y preventivo de las redes de distribución aéreas y subterráneas hasta 34.5 KV, equipos de maniobra de operación con cargo y protección, subestaciones en Media Tensión y Baja Tensión (MT/BT), Media Tensión – Media Tensión (MT/MT) zona norte y actividades de construcción y/o remodelaciones de redes de distribución aéreas y subterráneas hasta 34,5 KV., equipos de maniobra, operación con Carga y protección, Subestaciones en Media y Baja Tensión (MT/BT), Media Tensión – Media Tensión (MT/MT) zona norte"* (fls. 208-217 C.2).

Ahora, según el certificado de existencia y representación legal de CODENSA S.A. E.S.P., su objeto social principal es *"…LA DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, ASÍ COMO LA EJECUCIÓN DE TODAS LAS ACTIVIDADES AFINES, CONEXAS, COMPLEMENTARIAS Y RELACIONADAS A LA DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA, LA REALIZACIÓN DE OBRAS, DISEÑOS Y CONSULTORÍA EN INGENIERÍA Y LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS EN BENEFICIO DE SUS CLIENTES…"* (fls. 42-55); y, DELTEC S.A., entre otras, cumple con la *"CONSTRUCCION, MONTAJE, MANTENIMIENTO, REMODELACIÓN, CONSULTORIA E INTERVENCIÓN DE REDES ELECTRICAS DE ALTA, MEDIA Y BAJA TENSION, AEREAS Y SUBTERRANEAS…"* (fls. 56-60).

En ese orden de ideas, contrastados los objetos sociales de las demandadas, así como de la orden de compra No. 580004707 del 29 de marzo de 2010, los servicios de DELTEC S.A., como contratista independiente, sí se relacionan y corresponden a labores propias del curso normal de CODENSA S.A. E.S.P., necesarias para la comercialización y distribución de energía eléctrica, pues, el mantenimiento preventivo y correctivo de sus redes de distribución de energía, aéreas y subterráneas hace parte de su cadena productiva, por lo que, en principio CODENSA S.A E.S.P., sería solidariamente responsable de las condenas impuestas, de no ser porque, el reajuste y pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social, ordenados por el a-quo, corresponden al periodo durante el cual, al contrato laboral del demandante, se le aplicó el artículo 140 del

CST, por lo que, CODENSA S.A. E.S.P., no se ha visto beneficiada con ninguna labor realizada por el actor a su favor, a partir del 07 de junio de 2017, de ahí que, mal puede extenderse a ésta, responsabilidad alguna en los términos del artículo 34 del CST, por el pago de las condenas impuestas, debiendo confirmar la sentencia de Primer Grado, en este sentido.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990

También fue objeto de inconformidad de la parte demandante, que no se haya condenado al pago de la sanción moratoria, por el no pago completo del auxilio de cesantías, pues, considera que se encuentra acreditada la mala fe de su empleador DELTEC S.A., para hacerse merecedor de la misma.

Al respecto, oportuno resulta recordar que la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías en una Administradora de fondos, no está llamada a imponerse en forma automática, sino que por el contrario debe encontrarse acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador, quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de realizar la consignación de las cesantías en los términos ordenados en la norma, la cual le impone la obligación de consignar en una Administradora de fondos, el auxilio de cesantías, causado a 31 de diciembre de cada anualidad determinando un límite temporal que no puede exceder del 14 de febrero siguiente.

Así pues, en el caso bajo estudio, se evidencia que la parte demandada DELTEC S.A., pese a la aplicación del artículo 140 del CST, ha cumplido con las obligaciones a su cargo, relacionadas con el pago a favor del actor, de los salarios y prestaciones que creyó deber, dada la situación particular en que puso al demandante, quien se encuentra vinculado a la empresa, pero sin prestación del servicio , es decir, que tenía la plena convicción que no adeudaba suma alguna por los reajustes salariales reconocidos a través del presente asunto, por lo que, tal conducta, no puede considerarse revestida de mala fe, ya que, no obedeció a un capricho o rebeldía, sino a su firme convencimiento, respecto a que a falta de prestación de servicios por parte del actor, no debía actualizar su salario, pero, se reitera, en momento alguno se ha relevado del pago de las obligaciones a su cargo, por lo que, tampoco procede el reconocimiento de la sanción moratoria deprecada, cuando, siempre ha garantizado al trabajador, su ingreso básico mensual, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por el demandante y la demandada DELTEC S.A.

Costas en esta Instancia a cargo de los recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 24 de enero de 2020, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **NOEL ANTONIO SANTOS VALOYES** en contra de **DELTEC S.A.** y **CODENSA S.A. E.S.P.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada DELTEC S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del demandante y de $1.000.000 a cargo de la demandada DELTEC S.A. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503820190030 0-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – régimen de transición - pensión de vejez.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARICELA RUÍZ GALVIS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARICELA RUÍZ GALVIS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que, se tenga en cuenta el tiempo laborado en las empresas RUIZ Y BARAONA LTDA, de junio de 1976 a marzo de 1985 y EDGAR BARAONA E HIJOS LTDA, de junio de 1985 a agosto de 1989, comoquiera que, COLPENSIONES, no adelantó la acción de cobro coactivo de esos aportes a los empleadores morosos; y que, en consecuencia, se reconozca que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 10 de septiembre de 2014, junto con los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 10 de septiembre de 1959; que, se afilió al ISS hoy Colpensiones, desde el 01 de junio de 1976, por lo que, al 31 de abril de 1994, tenía 815.1

semanas cotizadas, siendo beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; que, a la fecha de presentación de la demanda, tenía 59 años de edad y 2008,56 semanas, suficientes para adquirir el derecho a la pensión de vejez, por lo que, el 15 de septiembre de 2014, presentó la solicitud para su reconocimiento, pero por una mala asesoría del funcionario que la atendió continuó cotizando.

Refirió que, el 10 de noviembre de 2016, nuevamente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante resolución GNR 363897 del 01 de diciembre de 2016 confirmada por la GNR 3111 del 06 de enero de 2017 y VPB 3001 del 24 de enero de 2017, por no cumplir con los requisitos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003; que, posteriormente, a través de la resolución SUB 204730 del 25 de septiembre de 2017, COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez, pero aplicándole el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, liquidación que se basó en 1.309 semanas y un IBL de $1.444.842 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 64.52%; que, inconforme con esa decisión interpuso los recursos de ley, resueltos a través de la resolución DIR23389 del 20 de diciembre de 2017, advirtiendo que, en relación con la solicitud de corrección de historia laboral, no se encontró registro de pagos de los empleadores RUIZ Y BARAONA LTDA Y EDGAR BARAONA E HIJOS LTDA, hecho que no comparte, pues, allegó las certificaciones laborales que evidencian esos vínculos laborales (fls. 60-68 y 97-103 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **COLPENSIONES**, mediante escrito visible a folios 109 a 117 PDF, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, y solicitudes elevadas por la actora; aclarando que, el reconocimiento pensional se analizó conforme a lo establecido en la Ley 797 de 2003 al no acreditar los presupuestos del régimen de transición que le permitieran hacer el estudio de la prestación con otra disposición legal; además que, frente al período solicitado como corrección de historia laboral, la actora. no allegó los soportes idóneos que le permitieran a la entidad realizar el trámite de la actualización. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de agosto de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante; al considerar que, las certificaciones allegadas al proceso

respecto de los empleadores RUIZ Y BARAONA LTDA Y EDGAR BARAONA E HIJOS LTDA., fueron expedidas en el año 1990, y respecto a esas vinculaciones laborales, no se registran periodos que incluyan esos empleadores, ni esos tiempos de servicios, siendo carga probatoria de la actora, demostrar que los mismos hayan hecho la novedad de ingreso, para generar la situación de oponibilidad frente al Sistema de pensiones y permitir que se agoten los procedimientos de cobro coactivo para recaudar los aportes pensionales o se invoque el allanamiento a la mora; además, tampoco elevó la demandante, pretensión alguna dentro del proceso, tendiente a vincular a esas Sociedades, y haber conformado un litisconsorcio necesario, que hubiese permitido un pronunciamiento del Juzgado, sobre su posible omisión en el pago de los aportes pensionales y las consecuencias del mismo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, teniendo en cuenta que, la demandante, no cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que, el reconocimiento de su derecho pensional se hizo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, de ahí que, si bien arribó a los 57 años de edad en el año 2016, de conformidad con su historia laboral se evidencian cotizaciones hasta el ciclo de abril de 2017, fecha para la cual acreditó 1.313 semanas cotizadas, por lo que la entidad procedió en debida forma a reconocer pensión de vejez de conformidad con la resolución SUB 204730 de 2017; además que, respecto a los periodos aducidos como cotizados con el empleador RUIZ Y BARONA LTDA y EDGAR BARONA E HIJOS LTDA, COLPENSIONES ha sido enfática en que no se encuentran registros de pago, por lo que se ha solicitado a la accionante, que suministre soportes probatorios, como tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derecho, número de afiliación y demás en donde se evidencia el vínculo laboral; sin que estos hayan sido allegados, es más, la parte demandante dentro del presente proceso tenía la carga de probar dichos vínculos laborales y su afiliación en el sistema pensional con los empleadores mencionados, sin embargo, en el trascurso del proceso no se logró probar.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y por tanto le

asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año con la inclusión de los tiempos laborados para los empleadores RUIZ Y BARONA LTDA y EDGAR BARONA E HIJOS LTDA.

DEL BENEFICIO DE LA TRANSICIÓN Y DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Solicitó la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, alegando ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. A lo que no accedió el Juez de Primera Instancia, pues, consideró que, al 01 de abril de 1994, la actora, no cumplía con los requisitos de edad o tiempo de servicios exigidos en la norma en mención.

Al respecto, el régimen de transición, en materia pensional, representa un beneficio legal que se otorga en un tránsito legislativo, para continuar aplicando normas derogadas, aún después de su pérdida de vigencia, a quienes tenían la expectativa de alcanzar su derecho. Está consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

> "*La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley"*

Teniendo en cuenta la norma anterior, para acceder al régimen de transición, es necesario que la persona haya estado cobijada por un régimen pensional anterior al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y acreditar la edad de 35 años o más si es mujer o 40 años o más al momento de entrar en vigencia éste, si es hombre. O tener 15 o más años de servicios cotizados, para la misma fecha, 01 de abril de 1994. Cumplido alguno de estos requisitos se respetará "*la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez*" de la norma anterior, de la cual era beneficiario el afiliado.

En el presente caso, de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 15 del expediente, la demandante nació el 10 de septiembre de 1959, por lo que, para el 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, contaba con 34 años, por lo que, no cumple con el requisito de la edad para ser beneficiaria del régimen de transición de que trata la norma anterior.

Ahora, en cuanto a la posibilidad de tener 15 o más años de servicios cotizados, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme la historia laboral tradicional, obrante en el expediente administrativo de COLPENSIONES y el reporte de semanas cotizadas de folios 70 a 78 (PDF), al 01 de abril de 1994, la demandante, tenía cotizadas 296,57 semanas; y, si bien, allegó al plenario certificación laboral expedida por RUIZ & BARONA LTDA, donde consta que laboró para esa Sociedad entre junio de 1976 a marzo de 1985 (fl. 82 PDF); y otro certificado de BONCHELY – EDGAR BARONA E HIJOS LTDA, donde se refiere la prestación de sus servicios, desde el 08 de junio de 1985 al 04 de agosto de 1989 (fl.82 PDF); de las pruebas allegadas al plenario, no se advierte que, dichos empleadores, hayan reportado novedad alguna de ingreso de la trabajadora MARICELA RUIZ GALVIS, al Sistema General de Pensiones; por lo que, ante una posible omisión en su afiliación, la misma podría subsanarse con el pago del cálculo actuarial respectivo, liquidado por COLPENSIONES, con el fin de que esas semanas laboradas y no cotizadas por falta de afiliación se contabilicen dentro de la historia laboral de la afiliada. Sin embargo, como señaló el Juez de Instancia, en la presente demanda, no se formuló pretensión alguna en contra de RUIZ & BARONA LTDA y EDGAR BARONA E HIJOS LTDA, ni fueron convocados al proceso como litisconsortes necesarios, razón por la cual, no es posible fulminar condena alguna frente a ellos, por la presunta a falta de afiliación y pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Tampoco es posible ordenar a COLPENSIONES, que tenga en cuenta dichos periodos laborados, pero no cotizados, pues, dicha Administradora, no encontró registro alguno de ellos y mal podría imputársele una llamamiento a la mora, por no adelantar las acciones de cobro, en los términos del artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, comoquiera que, la demandante, no acreditó el cumplimiento de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria del régimen de transición, habrá de confirmarse la sentencia consultada.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **MARICELA RUÍZ GALVIS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta Instancia, por ser grado jurisdiccional de consulta. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520150032301

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de Trabajo - Factores que constituyen salario (Art 127-128 CST), indemnización moratoria.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 05 de noviembre de 2019, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JEANETH CRISTINA RENGIFO PALACIOS** en contra de **CODERE COLOMBIA S.A.**

ANTECEDENTES

JEANETH CRISTINA RENGIFO PALACIOS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de CODERE COLOMBIA S.A., para que, se declare la existencia de un vínculo laboral con la demandada, desde el 04 de abril de 2005 al 26 de noviembre de 2013, el cual terminó por decisión unilateral de la trabajadora; que, se declare el incumplimiento del empleador, en el pago de la denominada retribución por resultados, correspondiente a los años 2012 y 2013; y, en consecuencia, que, se condene a la demandada al pago de $33.949.980, por la retribución por resultados, salarial del año 2012; que, se condene a la demandada al pago de $32.906.600 por la retribución por resultados del año 2013 o subsidiariamente las sumas que resulten probadas; que, se condene a CODERE COLOMBIA S.A., al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por la falta de pago de parte de su salario; que, se ordene la reliquidación de las vacaciones cuya diferencia asciende a $5.000.705; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se vinculó a laborar con CODERE COLOMBIA S.A., el 04 de abril de 2005, mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse inicialmente como subdirectora de selección y desarrollo y siendo su último cargo, el de directora de recursos humanos en la ciudad de Bogotá; que, como salario, las partes pactaron la suma de $4.974.000, más una suma semestral, constitutiva de salario de $5.970.000, denominada *"Retribución por Resultados"*.

Refirió que, a partir del año 2009, acordó con la demandada, que la retribución por resultados sería cancelada anualmente; luego, en el año 2011, firmaron un otrosí al contrato pactando el pago de un salario integral, más la retribución por resultados, que sería anual o por fracción trabajada; sin embargo, en los años 2012 y 2013, de manera injustificada, la empresa, dejó de cancelarle la retribución por resultados, pese a que, a otros directivos sí les fue cancelada.

Indicó que, el referido contrato de trabajo terminó el 02 de diciembre de 2013, por decisión unilateralmente de la trabajadora, sin que se le cancelaran las retribuciones adeudadas; y, sólo hasta el 29 de enero de 2015, la demandada, constituyó un pago por consignación a su favor, a órdenes del Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, por la suma de $10.251.204, imputando el pago a *"Bonificaciones salariales (Retribución del Salario)"*, sin indicar de ninguna manera cómo se obtuvo dicho valor, pues, al haber obtenido en el año 2012, un logro del 94% de su gestión, le correspondía una retribución de $33.949.980 y por el año 2013, con unos logros de cumplimiento del 102.2%, seria de $32.906.600, para un total de $66.856.580, resultando un saldo a su favor de $56.605.376.

Manifestó que, su último salario promedio mensual devengado fue la suma de $15.082.191; que, la demandada, no tuvo en cuenta para la liquidación final de sus prestaciones sociales, la suma que debía corresponder a la retribución por resultados, adicional al salario integral, que, para esa fecha era de $12.339.975; que, tampoco se le calculó el valor de acertado de las vacaciones adeudadas, existiendo una diferencia a su favor de $5.000.705; que, ha efectuado varios requerimientos verbales y escritos, tendientes al pago de la retribución por resultados, sin obtener una respuesta favorable al respecto, ni conocer el resultados de sus logros de desempeño para el año 2013 (fls. 1-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada CODERE COLOMBIA S.A., dio contestación oportuna, mediante escrito visible a folios 119 a151, oponiéndose a todas y

cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos, salvo los relacionados con el contrato de trabajo celebrado con la actora y el cargo desempeñado por ésta; aclarando que, la relación laboral se extendió hasta el 26 de noviembre de 2013; que, de conformidad con lo acordado en la cláusula segunda del contrato de trabajo, las partes pactaron la modalidad de un salario integral, que además de retribuir el trabajo ordinario, comprendía entre otros, los incentivos mensuales y su factor prestacional, además de todos los auxilios extralegales a los cuales tendría derecho, además que, a partir del año 2009, efectivamente se acordó el pago de la retribución por resultado, pero ésta no se causaba automáticamente, sino que dependía de los parámetros fijados por la Compañía, para el programa LATAM, siempre que cumpliera los objetivos fijados para cada año en Colombia, lo que no ocurrió en los años 2012 y 2013, para ningún trabajador del país, pues, era conocimiento de la actora, que durante esos años no se cumplió con el umbral mínimo de objetivos para Colombia, especialmente no se cumplió con el denominado elemento llave. Señaló que, el pago efectuado por $10.251.204, se realizó por buena fe y mera liberalidad. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa de la demandante, compensación, prescripción, mala fe de los demandantes y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de noviembre de 2019, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a CODERE COLOMBIA S.A., al pago de $173.993.647, por concepto de indemnización moratoria, por el no pago oportuno de la retribución por resultados, suma que deberá ser indexada hasta la fecha de su pago, sin que ello implique una doble sanción para la demandada, sino que se cubra la depreciación de la condena por el paso del tiempo; absolviendo de las demás pretensiones, considerando que, el Juzgado no contaba con los suficientes elementos de juicio para establecer el valor de las retribuciones por resultados de los años 2012 y 2013, ya que, se trata de un monto cuyo origen es la aplicación de unas fórmulas matemáticas, y no se cuenta con las variables para establecer cuál era el valor que debió cancelar la demandada, para esos años, debiéndose entender que lo recibido en el año 2015, corresponde al valor adeudado por dicho concepto.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes, demandante y demandada interpusieron recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

La **parte actora**, señaló que, de acuerdo a lo declarado dentro del proceso por el jefe de Recursos Humanos de la demandada, a por lo menos 2 o 3 personas, si se les pagó la retribución por resultados, sin atender las directrices corporativas de la empresa matriz, por lo que, en aplicación del artículo 19 del C.Co, en cuanto a la costumbre, debe reconocérsele a la actora, el mismo derecho; también que, de dicho testimonio se extrae que, en varias ocasiones, tampoco se tuvo en cuenta el rendimiento o índice de actividad del país, para el pago de dicha retribución; que, de accederse al reconocimiento de tales conceptos, la indemnización moratoria debe ordenarse de manera indefinida, ya que no se equipara la mora ordenada, con el irrisorio pago de $10.251.204 efectuada por la accionada.

CODERE COLOMBIA S.A., solicitó revocar en su totalidad la sentencia apelada, teniendo en cuenta el contenido del otrosí al contrato de trabajo, suscrito con la actora, en el año 2009, así como el programa de retribución variable LATAM 2007, cuyos objetivos se fijaban de manera anual; que, atendiendo lo dicho por el Juzgado, al no existir un criterio para calcular el valor de las retribuciones de los años 2012 y 2013, mal puede imponerse condena alguna por indemnización moratoria, pues, al tenor literal del artículo 65 del CST, la Justicia Ordinaria, debe definir la existencia de una deuda y su monto, para poder imponer esta sanción; que, si bien el testigo John Fonseca, indicó que se habían realizado algunos pagos, no dijo ni qué montos, ni por qué concepto, no se desconoce la firma de transacciones con otros trabajadores, de lo cual estaba enterada la actora, como se le hizo saber en los correos enviados, donde se le advierte que al igual que a otros trabajadores, se le haría el pago de una suma correspondiente a los bonos de los años 2012 y 2013, lo que denota que no existió un trato desigual hacia la actora, por parte de esa Compañía; que, fue la trabajadora quien presentó su renuncia en noviembre de 2013, por lo que de haberse causado alguna obligación para la demandada, sería sólo por el año 2012, ya que 2013 no trabajó completo, además finalizado el vínculo laboral nunca reclamó nada sino hasta julio de 2014 a lo que la Empresa, le contestó en diciembre de 2014 que no estaba de acuerdo pero que le efectuaría un pago, que se acercara a reclamarlo, pero como no lo hizo, de buena fe se procedió a realizar el pago por consignación, de ahí que, por haber actuado conforme a Derecho, no puede condenarse al pago de la indemnización moratoria; que, la condena indexada de la indemnización moratoria, no fue objeto del litigio, ni hace parte de los asunto sobre salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones respecto de los cuales pueda el Juez pronunciarse de manera ultra petita.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la demandada, solicitó revocar parcialmente la sentencia apelada, exonerándola de las condenas impuestas, esto es, de la

indemnización moratoria y su indexación, al haber actuado durante la relación laboral de forma diligente y de buena fe; indica que, igualmente debe ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la actora.

Por su parte, la demandante, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, insistiendo en el reconocimiento de la totalidad de los derechos laborales reclamados en la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos por las partes, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar si entre las partes se pactó el pago de la retribución por resultados reclamada; y, en consecuencia, si a la actora, le asiste el derecho a su reconocimiento por los años 2012 y 2013 y, si hay lugar al pago de la indemnización moratoria impuesta a la demandada, en Primera Instancia.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, mediante contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 04 de abril de 2005 y el 26 de noviembre de 2013, en virtud del cual, la demandante, se desempeñó como Directora de Recursos Humanos (fls. 16, 22-24, 26, 152-154, 158-160, 163).

DE LA RETRIBUCIÓN POR RESULTADOS

Alega la parte actora que, le asiste el derecho al pago de la denominada *"retribución por resultados"*, correspondiente a los años 2012 y 2013, por la suma de $36.117.000 y $32.906.600 respectivamente; y sobre esa base, que la demandada, se encuentra en la obligación de cancelar dichos valores.

En el presente caso, conforme al contrato de trabajo, suscrito entre las partes, de fecha 04 de abril de 2005, se pactó:

> *"SEGUNDA: EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por prestación de sus servicios bajo la modalidad de salario integral, el salario indicado y pagadero en las oportunidades señaladas arriba. Este salario además de retribuir el trabajo ordinario, comprende el pago de las prestaciones sociales, recargos y beneficios tales como el concerniente al trabajo*

extraordinario, nocturno, en días de descanso obligatorio, descansos dominicales y festivos, sobresueldos, primas legales y extralegales de junio y diciembre, las cesantías y sus intereses, los subsidios, auxilios, bonificaciones, primas, suministros en especie así como su incidencia prestacional, los incentivos mensuales y su factor prestacional, todos los siglos extralegales a los cuales tendría derecho el trabajador en virtud del pacto colectivo, el efecto y/o factor prestacional de retribución por resultados y la prima está legal de vacaciones, los días de vacaciones extralegales de la orden del trébol y en general toda clase de prestaciones legales y extralegales, excepto las vacaciones y la prima de antigüedad.

(…)

DECIMA SEGUNDA: El trabajador recibirá semestralmente una retribución por resultados, la cual será calculada por CODERE COLOMBIA S.A. de acuerdo con los parámetros que se fijen al trabajador y que serán comunicados por la empresa dentro del primer mes calendario de cada semestre".

Igualmente, obra otrosí al contrato de trabajo, suscrito en el mes de agosto de 2009, donde consta que:

"1.A partir del año 2009 la retribución por resultados pactada entre las partes será pagada anualmente, modificando así el período semestral anteriormente establecido.

2. La retribución por resultados será calculada con base en los parámetros del "programa de Retribución Variable LATAM" y los "objetivos de Colombia para el ejercicio de cada año" establecidos corporativamente en el grupo Codere; y según el porcentaje de cumplimiento de los objetivos cuantitativos y cualitativos definidos para la dirección a cargo del trabajador, quien declara haberlo recibido y conocerlos.

3. La retribución por resultados será pagada dentro de los tres primeros meses del año de servicios inmediatamente siguiente al que genera la liquidación.

4. El empleador conserva la facultad de fijar los parámetros sobre los cuales se calculará y pagará la retribución por resultados, tal como venia operando hasta la fecha del presente acuerdo…" (fls. 25 y 155)

También se allegó como prueba, documento denominado *"Fijación de Objetivos y Programa Retribución Variable LATAM 2007 CODERE Objetivos Colombia"*, de donde se extrae que, la Retribución Variable, *"está basado en los sistemas GANAR-GANAR donde los empleados participan y comparten los resultados de la empresa. - Cada colectivo incluido dentro del sistema tiene definido un bono target que puede ser superior o inferior en función de los resultados globales y el mix de objetivos de cada colectivo (…) - El sistema contempla un "Elementos llave", que da apertura al sistema: - Se establece un umbral mínimo de Cumplimiento de Objetivos del País (o LATAM para puestos Corporativos, según proceda) igual al 70%, de forma que si no se alcanza este resultado, ningún empleado del país (o LATAM para los Corporativos) percibirán retribución variable alguna en el período analizado*

al considerarse un resultado inaceptable. (…) – El cálculo de % final a abonar en concepto de retribución a cada una de las personas incluidas en el programa se realizará multiplicando el cumplimiento global de Objetivos (suma cumplimientos parciales) por la cantidad de retribución variable target definida. Únicamente se abonará la RV a partir de un cumplimiento global de objetivos del 50% (suma de cumplimientos parciales individuales). si el cumplimiento global de objetivos es menor al 50%, el empleado no percibirá retribución variable alguna en el período analizado. - Si en alguno de los objetivos fijados el nivel de consecución es inferior al umbral mínimo definido para el tipo objetivos, el porcentaje parcial de cumplimiento será 0% en ese objetivo no afectando el resto de objetivos fijados. - Dado que los objetivos son de carácter anual y no se podrán hacer evaluaciones parciales (exclusivamente para seguimiento) únicamente tendrán derecho a percibir retribución variable aquellas personas que, superado el elemento llave (del País o Corporativo, según proceda) y umbral mínimo (cumplimiento global de objetivos superior al 50%) estén de alta en la empresa del momento de su pago" (fls. 207-222).

Según comunicado del 01 de noviembre de 2012, a partir del 01 de julio de 2012, las condiciones salariales de la actora, serían un salario integral por $12.039.000, más una retribución por resultados anual presupuestada al 100% en $36.117.000 *"de acuerdo con los parámetros establecidos por la empresa para la fecha de liquidación y proporcional al tiempo trabajado"* (fl. 238); y para el 01 de julio de 2013, recibiría un salario integral de $12.339.975 y una retribución por resultados anual presupuestada al 100% en $37.019.3925 (fl. 239); no obstante, según advierte la demandada, en su contestación, durante los años 2012 y 2013, ningún trabajador cumplió con los objetivos del país, para percibir la retribución por resultados, siendo esta la razón para no efectuar su pago.

Al respecto, al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada, informó que, conocía a la demandante, porque trabajó para CODERE COLOMBIA S.A., en el área de Recursos Humanos; que, por tener un cargo directivo, la actora recibía un salario compuesto por una porción fija mensual y una porción variable, conforme al ejercicio fiscal del año y el cumplimiento de unas metas definidas financieras fijadas por la Compañía y las metas individuales; que, los pagos se hacían durante los 3 primeros meses del año siguiente; que, el porcentaje se obtenía de una valoración de los objetivos, conforme a la política definida para cada país, vigente desde 2007, según la cual, si el país cumplía por lo menos el 70% del objetivo financiero definido, abría la llave para considerar el resto de factores individuales para la calificación total y pago de la retribución; que, a la demandante, no se le pagó esa retribución en el año 2012, porque los resultados financieros no alcanzaron el mínimo del 70% y por ende no permitió abrir la llave para verificar los demás elementos individuales para su liquidación; que, una vez se finalizó el vínculo laboral de la actora, la

Compañía, de mera liberalidad, le reconoció a todas las personas que tenía cobertura de la política de retribución de resultados, una bonificación correspondiente al 15% de la totalidad del pago potencial, en razón a las interpretaciones que se dieron localmente a la política, las cuales eran erradas; que, en relación al año 2013, la política es clara en que no procede si no se trabaja durante todo el año fiscal, por lo que, como ella no estuvo los 12 meses en la Compañía, no era acreedora; que, la Fijación de objetivos y Programa de Retribución Variable LATAM 2007 estaba vigente para 2012 y 2013 y fue modificada en el año 2015; que, para algunos trabajadores, unilateralmente la Empresa, les reconoció la retribución por resultados de 2012 y 2013, pero, en razón a que eran personas despedidas sin justa causa o con las cuales se habían realizado mutuos acuerdos, ya que quedarían desempleadas; que, para el año 2012, la empresa recibió una comunicación de Recursos Humanos Corporativo, informando que no correspondía hacer el pago a ninguna de las personas del Comité de Dirección de Colombia, por el incumplimiento de la llave que es el objetivo financiero que no permitió su reconocimiento, por una interpretación errada de la política, que luego a nivel corporativo se pudo corroborar en los demás países se aplicaba distinto a como lo hacían en Colombia; que, el pago realizado con posterioridad a la terminación del contrato tenia por objetivo recomenzar todo el tiempo laborado por las personas y la valoración del esfuerzo de los empleados, independientemente de que no se hubiesen cumplido las políticas, lo que se aplicó desde la dirección general y representante legal hacia abajo a todos los equipos de dirección.

La demandante, señaló que, en el año 2009 suscribió otrosí al contrato, donde se pactó el pago de la retribución variable de forma anual y conforme a las políticas fijadas programa LATAM 2007; que, para el año 2013, cuando terminó la relación laboral, la política aplicable para el reconocimiento de la retribución por servicios era el programa LATAM 2007; que, conocía la política de retribución, porque estaba relacionada con recursos humanos, pero la práctica no estaba alineada con la política, entonces debían validar siempre si se cumplía o no; que, en el año 2013, hizo la pregunta al señor Enrique Pastor Estella, Director Corporativo de Compensación de Madrid, de cuál iba a ser el manejo de la política, porque las personas que se habían retirado tenían otro tratamiento, a lo que le contestaron que sí se haría el pago, y le explican unas fórmulas que en Colombia no se conocían y que no aparecen en la política LATAM; que, en el año 2012 no se cumplieron los metas, ni tampoco en el año 2009, pero aun así se pagó la retribución por servicios; que, luego de 1 año y algunos meses de haberse retirado de la Compañía, después de haber insistido en el pago de los derechos reclamados, recibió una comunicación donde le informaban a consignación de $10.251.204, sin ninguna explicación del por qué; que, también recibió una comunicación donde le informaban la consignación de $1.557.988, por reliquidación de las vacaciones, pero no lo ha retirado.

Declararon en el proceso ENRIQUE BERMEJO, dijo haber trabajado para la demandada como Director y Subdirector de Operaciones hasta el 2014; indicó que los directivos tenían derecho al pago de la retribución por resultados, pero no recordó ninguna de las circunstancias relacionadas con el pago de la misma. MANUEL ANTONIO BELTRÁN, indicó que trabaja para la demandada, como Director Financiero y Administrativo, y para 2012 y 2013, era Subdirector de Planeación y Control de Gestión; que, hacían dos calificaciones de resultados, una semestral, elaborada localmente y otra anual, que era determinada por la casa matriz en España; que, para 2012, la calificación anual para el equipo de dirección de Colombia, elaborada directamente desde España, fue como que no habían cumplido las metas financieras; desconoce si la demandante, recibió el pago de la retribución por los años 2012 y 2013; que, la retribución por servicios estaba supeditada al cumplimiento de unas metas globales económicas e individuales de gestión de cada directivo, dependiendo su rol en la Compañía; que, la retribución es la sumatoria de todos los indicadores; desconoce si algún directivo de la empresa recibió en el año 2013, algún pago por retribución y en su caso particular, para ese año no recibió nada; que, en el año 2014, recibió una suma de dinero por mera liberalidad, de la Dirección Corporativa de España, por las controversias en el pago de la retribución de los años 2012 y 2013, debido a una interpretación que se tenía en Colombia, de la forma de pago de la retribución por resultados a nivel anual, entendiendo acá que se calificaba por la sumatoria de todos los indicadores, como se hace en los semestrales, pero la política anual tenía un indicador llave, que si no se cumple no permite que se califiquen los demás objetivos; que, el indicador llave, es un indicador económico, que de no cumplirse en un mínimo porcentaje, hace calificación cero, que, no conoce que el caso de incumplimiento de objetivos anuales a algún directivo se le haya cancelado la retribución; que, como Directora de Recursos Humanos, a la demandante, se le aplicaba la política anual de retribución de servicios; que, hacia octubre de 2014, debido a la controversia en la aplicación de la política, la Compañía decidió hacerles un pago por mera liberalidad correspondiente a un 15%; que, la demandante, ya no estaba vinculada a la empresa para ese año y desconoce si se vio beneficiada con el mismo.

GERMÁN ALBERTO SEGURA VÁSQUEZ, actual Director de operaciones de la línea casinos de la demandada, informó que, hasta el año 2012 estuvo en CODERE Italia, y regresó a CODERE Colombia, en el 2013; que, respecto a la retribución de servicios del 2013, recibieron en el 2014 una bonificación del 15% del 100% de lo que hubiese recibido el directivo, sin haber cumplido con los objetivos, porque la casa matriz en España, informó que no se había cumplido con las metas del elemento llave y por eso en el 2012, que sepa, los directivos no recibieron retribución, porque estaba en discusión la forma de liquidación; que, para el pago de la retribución se manejan unos indicadores *"EBITDA PAIS"*, que son económicos y otros que son

cualitativos, y si se logra el cumplimiento de los indicadores económicos o elemento llave, en un 70% habilita la suma de los demás elementos que debe ser mínimo del 50%; que, desde España les habían explicado que no cumplían las metas, pero más adelante decidieron pagarles la bonificación; que, las políticas están contenidas en un documento denominado LATAM 2007.

JOHN JAIRO FONSECA VASQUEZ, trabajó con la demandada, desde mayo de 2009 y hasta agosto de 2015, su último cargo fue jefe de administración de personal, un área vinculada a Recursos Humanos; que, era subalterno de la demandante; que, el pago de la retribución por servicios para él era semestral, mientras que para los directivos era anual; que, cuando la actora, se retiró en el año 2013, tuvo un mayor conocimiento respecto a la retribución anual, según la cual, se requería el cumplimiento de unos objetivos financieros que daban apertura a la inclusión de los demás elementos; que, a la demandante, no se le canceló la retribución por servicios de los años 2012 y 2013, porque de acuerdo con la información corporativa, no se alcanzó el umbral mínimo de *"EBITDA"*, que daba llave para el cumplimiento de objetivos; que, antes del retiro de la actora, se retiró la Oficial de Cumplimiento, a quien se le pagó retribución por resultados, luego se fue ella y no le dieron la orden de pago por el incumplimiento de objetivos, luego salieron los señores Enrique Bermejo y Mauricio González, a quienes se les pagó la retribución por los años 2012 y 2013 y también a Jimmy León y Oscar Castrillón, que era el Gerente de Tecnología y reclamó a través de un derecho de petición, también se les pagó a través de un acuerdo de conciliación, por el 15% del valor de la retribución; que, para cuando la demandante, se retiró de la Compañía, no era claro si procedía o no el pago de la retribución del año 2012 y sólo luego de una revisión por parte del representante legal y el área Corporativa, se autorizó el pago al personal que se había retirado de la Empresa al punto que para finales del primer semestre de 2014, no se había cerrado el pago con algunos directores; que, la política para la liquidación de la retribución era la denominada LATAM 2007; que, vinieron a Colombia, los directivos de Recursos Humanos Corporativos de España, y hacia finales del año 2014, explicaron la fórmula para la liquidación de la retribución de servicios, informaron que durante los años 2012 y 2013, Colombia, no había cumplido con los objetivos del elemento llave, y por lo tanto, los directivos no tenían derecho a esa retribución, sin embargo, para subsanar cualquier diferencia, decidieron realizar un pago por mera liberalidad del 15% de la bonificación que les hubiese correspondido; que, la política de la Compañía, marca que para recibir la retribución por resultados el directivo debe estar activo al momento de la liquidación, que por razones contables se hacia hasta marzo, abril o junio del año subsiguiente.

ORLANDO MORENO ANGULO, refirió haber sido compañero de trabajo de la actora, en CODERE COLOMBIA, hasta junio de 2012, cuando él fue

trasladado a CODERE Panamá; que, la demandante, siempre se desempeñó como Directora de Recursos Humanos y él fue Director de Operaciones, y trabajaron juntos por lo menos 2 o 3 años; que, los directivos recibían una remuneración salarial y la retribución por resultados, esta última en un principio fue semestral y luego para el 2009 se cambió a pago anual, mediante el cumplimiento de unos objetivos; que, la retribución para el caso del directores de operaciones, tenía 3 componentes, uno financiero, de servicio al cliente y de proceso, cada uno tenía un peso específico y unos indicadores diferentes y con cumplimento de esos componentes, había un valor asociado y CODERE efectuada la validación al interior de la Empresa y les hacia el pago anualmente; que, mientras el testigo estuvo en la Compañía, siempre le pagaron la retribución máximo en marzo del año siguiente; que, el cumplimiento mínimo era del 80% y máximo del 120%; que, el indicador financiero era llave, para evaluar los demás criterios y en algunas épocas aunque no se cumplió con el resultado económico se permitió la apertura de la llave, para hacer un análisis de la gestión realizada.

Igualmente, declararon en el proceso, a través de exhorto RAFAEL DESIDERIO LÓPEZ ENRIQUEZ CHILLON, quien dijo ser Director Corporativo de Recursos Humanos de la demandada, desde septiembre u octubre de 2001 y además, uno de los desarrolladores de la Política de Retribución por resultados LATAM 2007, que, *"consiste en que se establecen unos objetivos económicos y financieros para los Directivos de cada país y que tienen un umbral mínimo de cumplimiento y si ese umbral mínimo no se alcanza porque no se consiguen los resultados marcados pues los directivos no tendrían derecho a la percepción del variable y si en cambio si cumplen los objetivos los directivos sí tendrán derecho a la percepción de la retribución variable (…) la dirección de la compañía marca los objetivos económico financieros a conseguir y cumplido el ejercicio se analiza si se han llegado a cumplir dichas metas o no en caso afirmativo si se ha cumplido con los objetivos se genera una bolsa para proceder a la valoración de los directivos y su posterior pago y si no se consiguen dichos objetivos pues no se procede a hacer el pago";* indicó que para los años 2012 y 2013 Colombia no cumplió con el objetivo financiero pero si en el resto de ejercicios; que, que para los años 2012 y 2013 ningún trabajador de la demandada en Colombia recibió pago por retribución sino que posiblemente se trató de acuerdos de retiro o sumas canceladas por mera liberalidad.

JOSÉ PASTOR ESTELLA, Director Corporativo de Retribución y Organización de CODERE NEWCO S.A.U, desde septiembre de 2004, manifestó que, dentro de sus funciones esta colaborar y participar en la elaboración y diseño de modelos retributivos, por lo que, ha trabajado con el equipo de Recursos Humanos de Colombia; dijo conocer la política de retribución por resultados LATAM 2007, que, *" establece unos objetivos de carácter económico financiero para cada país y por ende para sus directivos,*

los cuales tienen un umbral mínimo de cumplimiento (elemento llave) que si no es alcanzado implica que no se tiene derecho al abono de la retribución variable (…) Se aplica en todos los países de América en los que el grupo está presente: Argentina, Brasil, Colombia, México y Panamá"; que, dicha política está vigente desde el año 2007 y en el caso de Colombia no se cumplió con el objetivo financiero durante los años 2012 y 2013; que, excepcionalmente se pudo producir el pago de alguna suma de dinero a directivos por acuerdos de retiro y también meras liberalidades.

De las pruebas antes reseñadas, se puede establecer, que, la retribución por resultados reconocida a los directivos de la Compañía demandada estaba supeditada al cumplimiento de los indicadores fijados en el Programa de Retribución Variable LATAM 2007, vigente incluso para 2012 y 2013; y que, para lograr el reconocimiento de dicho beneficio económico, primero era necesario cumplir con el 70% de las metas financieras, lo que representaba la llave de acceso para la sumatoria de los demás objetivos individuales, razón por la cual en caso de incumplimiento de dicho umbral no se accedía al pago de la retribución.

También es claro, conforme al dicho de las partes y los testigos, que, dentro de la Empresa, se presentaba una controversia en la forma de liquidación de la retribución por resultados, debido a que, en Colombia, se le daba una interpretación diferente a los indicadores; así lo aceptó la demandante y se corrobora con la documental de folio 353, donde ella, mediante correo electrónico, luego de solicitar una explicación al Corporativo en España, concluye que, *"la retribución por resultados se paga cuando el indicador se cumple el 70% o más considerando que la fórmula obtenida no es lineal sino proporcional según el rango definido del 80% - 100% - 200% y no cuando la sumatoria de todos los indicadores superen el 70%. Para el caso de Colombia en donde el resultado 2012 fue $15.708.819 y el 70% es $18.029.957 corresponde al 69.7%, es decir no alcanza el mínimo del 70% Por lo anterior podemos formalizar que para el ejercicio del año 2012 no corresponde pago para ninguna persona que esté en el esquema de las políticas corporativas LATAM"*.

Además, son coincidentes todos los declarantes en afirmar que, desde el área de Recursos Humanos Corporativo - España, se comunicó a CODERE COLOMBIA, que no se habían cumplido los objetivos financieros durante los años 2012 y 2013, razón por la cual no procedía el pago de la retribución por servicios para ningún directivo. No obstante, ante la controversia presentada en su liquidación, para el año 2014 se acordó zanjar las diferencias presentadas haciendo un pago equivalente al 15% de lo que le hubiese correspondido a cada Director en su oportunidad; circunstancia ésta, que en momento alguno puede considerar la Sala, como un incumplimiento de la demandada, en el pago de este factor salarial, pues, ni la misma demandante, tenía la suficiente claridad respecto a si se

generaba o no el derecho al reconocimiento de la retribución por el año 2012; nótese cómo el testigo John Fonseca Rodríguez, efectivamente indicó que, él recibió la orden de cancelar la retribución por 2012 y 2013 a algunos directivos que se retiraron de la Empresa; sin embargo, también aclaró que dicho pago se efectuó luego de una revisión que el Gerente y el Corporativo en España, hicieron sobre el tema; correspondiendo entonces los pagos por consignación que realizó la demandada a favor de la actora y a órdenes del Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, a ese porcentaje reconocido a los trabajadores desvinculados con posterioridad a la aclaración de la forma de liquidación de la retribución por resultados.

Asimismo, debe señalarse que, adicionalmente a la controversia por la causación o no de la retribución para el año 2013, el programa de retribución LATAM 2007, también establecía que su reconocimiento sólo era para aquellas personas que superado el elemento llave, se encontraran activas en la Compañía, al momento de su pago y, dado que la señora RENGIFO PALACIOS presentó renuncia a su cargo a partir del 26 de noviembre de 2013 (fl. 159), es claro que tampoco cumplía con este requisito para obtener el reconocimiento de la retribución por dicho año.

En ese orden de ideas, al no haberse causado retribución por servicios a favor de la demandante para los años 2012 y 2013, debido al incumplimiento de las metas financieras de CODERE COLOMBIA S.A., y su retiro de la Empresa, antes del cierre del año 2013, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Por lo anterior, se releva la Sala, del estudio de la inconformidad presentada por la demandada, respecto a la condena impuesta por indemnización moratoria.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 05 de noviembre de 2019, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **CODERE COLOMBIA S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante **JEANETH CRISTINA RENGIFO PALACIOS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, que serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502720180045601

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Comisiones – Horas Extras y Trabajo suplementario – auxilio de transporte – Despido indirecto – sanción artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indemnización moratoria artículo 65 del CST.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2020 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JARVEY RODRÍGUEZ ESPINEL** en contra de **INVERSIONES RABACE S.A.S.**, **INVERSIONES CORRECAMINOS LTDA** y **JAIME FRANCISCO RAMÍREZ BARRERA**

ANTECEDENTES

JARVEY RODRÍGUEZ ESPINEL promovió demanda ordinaria laboral en contra de INVERSIONES RABACE S.A.S., INVERSIONES CORRECAMINOS LTDA. y JAIME FRANCISCO RAMÍREZ BARRERA, para que, se condene a las demandadas al pago del subsidio de transporte, comisiones, recargo nocturno y horas extras; y, en consecuencia, que, se condenen a la reliquidación del auxilio de cesantías, primas, vacaciones e intereses a las cesantías; que, se condene a las demandadas, al pago de la indemnización por despido indirecto, así como al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indexación de las condenas impuestas, lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, fue contratado verbalmente por el señor JAIME FRANCISCO RAMÍREZ

BARRERA, INVERSIONES RABACE S.A.S., y solidariamente por INVERSIONES CORRECAMINOS, entre el 01 de agosto de 2006 y el 23 de enero de 2018, para prestar sus servicios como conductor, a término indefinido; que, dentro de sus funciones estaba conducir los vehículos de carga, tracto camión de placas SWN-044 y XJA-203, de propiedad de las demandadas, desde la ciudad de Bogotá a diferentes partes del país.

Refirió que, las demandadas, le expedían tiquetes de compra, documentos de aprovisionamiento, ordenes de cargue, despachos, tickets de báscula, fletes y diferentes empresas de carga, le expedían los respectivos manifiestos, donde se detallaban sus funciones y el nombre de sus empleadores; que recibía la suma de $218.758 como comisión del 8% sobre los fletes que se expedían en el manifiesto de carga, sin embargo, las demandadas, no le incluyeron ese valor en la liquidación de sus prestaciones sociales, ni aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, ni le cancelaron subsidios de transporte, recargos nocturno y horas extras, pese a las largas jornadas de conducción.

Indicó que, el contrato de trabajo, terminó por su decisión, debido al no pago de las prestaciones sociales y los aportes a Sistema de Seguridad Social integral, conforme al salario realmente devengado; sin que las demandadas, cumplieran con el procedimiento señalado en el Reglamento Interno de Trabajo, para su despido, limitándose a señalar en la liquidación de prestaciones sociales, como causal de terminación *"Abandono del Cargo"*; que, todas las conductas de las demandadas, denotan su mala fe, durante la vigencia del vínculo laboral (fls. 3-9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas INVERSIONES CORRECAMINOS LTDA, INVERSIONES RABACE S.A.S. y JAIME FRANCISCO RAMÍREZ BARRERA, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos.

INVERSIONES CORRECAMINOS LTDA, aclaró que, el vínculo laboral existente con el demandante, lo fue entre el 17 de abril de 2016 y el 30 de noviembre de 2011 y terminó por renuncia voluntaria del trabajador, cancelándosele oportunamente todos los salarios y prestaciones sociales causadas durante la relación laboral; propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, compensación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe por parte de la empresa demandada, transacción y cosa juzgada y la innominada (fls. 56-72).

INVERSIONES RABACE S.A.S, alegó la existencia de dos contratos de trabajo con el demandante, uno del 01 de diciembre de 2011 al 11 de marzo

de 2014, que feneció por renuncia voluntaria del actor; y otro del 13 de julio de 2014 al 23 de enero de 2018, cuando de manera intempestiva, sin comunicar su decisión, entregó el vehículo que tenía asignado y no regresó laborar, por lo que, esa Empresa, procedió a la consignación de la liquidación de prestaciones sociales en el Banco Agrario, informándole en 3 oportunidades, a la misma dirección reportada en la demanda, para que se presentara a retirarla. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, compensación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe por parte de la empresa demandada, transacción y cosa juzgada y la innominada (fls. 82-99).

JAIME FRANCISCO RAMÍREZ BARRERA, refirió que nunca celebró contrato laboral, verbal o escrito, con el demandante; y que, si este alguna vez recibió órdenes o instrucciones de su parte, lo fue como representante legal de las Sociedades demandadas, más no como persona natural. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe por parte del demandado y la innominada (fls. 177-191).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de enero de 2020, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, entre el demandante e INVERSIONES CORRECAMINOS LTDA, vigente del 17 de abril de 2006 al 30 de noviembre de 2011, el cual finalizó por renuncia voluntaria del trabajador; declaró probada la excepción de prescripción formulada por INVERSIONES CORRECAMINOS LTDA, respecto de la totalidad de los derechos surgidos durante su vínculo laboral; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, formuladas por el demandado JAIME FRANCISCO RAMÍREZ BARRERA, negando la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra; declaró la existencia de dos vínculos laborales, entre el demandante e INVERSIONES RABACE S.A.S., uno a término fijo, del 01 de diciembre de 2011 al 12 de marzo de 2014, que finalizó por renuncia del trabajador; y un segundo contrato de trabajo a término fijo, vigente desde el 13 de junio de 2014y hasta el 23 de enero de 2018; condenó a INVERSIONES RABACE, al pago de $23.266.667, por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías.

También declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido y no probadas las de buena fe por parte de la empresa demandada, transacción y cosa juzgada, formuladas por la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S.; condenó en costas a la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S., en favor del demandante y a su vez a éste en favor de INVERSIONES CORRECAMINIOS y JAIME FRANCISCO RAMÍREZ BARRERA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación la parte demandante y la demandada INVERSIONES RABACE, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La **parte demandante**, insistió en que los demandados deben ser condenados al pago de la indemnización moratoria, tanto por el pago *"deficitario"* de salarios y prestaciones sociales, porque se debe sancionar la mala fe, de las demandadas, que nunca le reliquidaron las prestaciones del actor, conforme al salario variable, sino que siempre por $1.000.000 o menos, sin que se logra demostrar que era realmente el salario devengado por el señor Rodríguez Espinel, sino que era más de ese valor, conforme a las planillas, órdenes de viaje, fletes, entonces ningún viaje reflejaba un mismo valor; circunstancia que fue reconocida por la misma secretaria de la empresa, quien declaró que al actor se le cancelaba una comisión del 1%, que nunca fue liquidada, constituyéndose en un acto de mala fe; que, el actor laboraba horas extras, generándose a su favor los respectivos recargos; que, la terminación del contrato de trabajo no fue voluntaria, siempre las demandadas hablaron de un abandono del cargo, respecto del cual no se surtió ningún trámite disciplinario, ni se cumplió con el Reglamento Interno del Trabajo, por lo que debería tomarse como un despido indirecto, para ser beneficiario de la indemnización por despido; que, se decretó una exhibición de documentos y como no fue aportada la documental requerida, se debe dar por cierto los hechos que con ese medio probatorio se buscaban demostrar, especialmente los libros donde se acreditarían las entradas, salidas y horas extras; que, el demandante, no puede ser condenado en costas, porque pese a darse la prescripción, ni siquiera la parte demandada desconoció la existencia de la relación laboral alegada; que, aun cuando el demandante trabajaba conduciendo un vehículo, es beneficiario del subsidio de transporte, pues devengaba menos de 2 salarios mínimos.

Por su parte, la demandada **INVERSIONES RABACE S.A.S.**, indicó que, la consignación de las prestaciones sociales del actor, se efectuó desde febrero de 2018 y no fue consecuencia de la presentación de esta demanda, ya que la misma se interpuso en agosto de 2018; que, debe revocarse la sanción por la no consignación de las cesantías impuesta en Primera Instancia, ya que, esa Compañía, tenía hasta el 14 de febrero de 2018 para consignar el auxilio de cesantías del 2017, sin embargo, se produjo la terminación del vínculo laboral y se procedió a su consignación con la liquidación de las demás prestaciones sociales; que, igualmente se cancelaron los auxilios de cesantías correspondientes a 2015 y 2016, junto con sus respectivos intereses, pruebas que si bien no se allegaron al proceso, serán presentadas en Segunda Instancia, solicitando su respectiva valoración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte demandada, insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, relacionados con la consignación oportuna del auxilio de cesantías al trabajador, razón por la cual no se generó la sanción moratoria, impuesta en Primera Instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuesto por el demandante y la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que sólo reconoció a favor del actor, la sanción por la no consignación de las cesantías o si por el contario le asiste el derecho además al pago de la indemnización moratoria, comisiones, horas extras y trabajo suplementario, subsidio de transporte e indemnización por despido indirecto.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de inconformidad en la alzada, y así quedó determinado por la Juez de Instancia, que, entre el señor JARVEY RODRIGUEZ ESPINEL e INVERSIONES RABACE S.A.S., existió un contrato de trabajo, vigente entre el 13 de junio de 2014 y el 23 de enero de 2018, donde el actor se desempeñó como conductor (fls. 21-33, 39, 104-172).

DE LAS COMISIONES

Alega la parte actora, en su recurso, que, dentro del plenario quedó demostrado el reconocimiento de una comisión sobre el valor de los fletes, que nunca le fue cancelada, ni liquidada como factor salarial para el pago de la remuneración mensual, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

En cuanto a los conceptos que constituyen salario, entendido éste como la contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios, enseña el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127, lo siguiente:

> *"…ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos,*

bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas ***y comisiones****…"* (Negrilla fuera de texto)

De la norma transcrita se entiende que todo pago hecho al trabajador no importa el concepto o definición que se le dé hace parte del salario. Ahora, el pago que se haga al trabajador debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios.

Y respecto de los pagos que no constituyen salario se ocupa el artículo 128 de este mismo Código cuando prevé:

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

Esto quiere decir que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajador no pueden considerarse salario, como bien es el caso de las indemnizaciones, viáticos, en los términos del artículo 130 del CST, pagos por mera liberalidad el empleador, etc.

Entonces, la principal consecuencia de que un pago no constituya salario es que no sea tenido en cuenta para el cálculo y pago de prestaciones sociales, aportes parafiscales y seguridad social.

Aclarado lo anterior, con el fin de verificar si las partes pactaron comisiones sobre el valor de los fletes, que, atendiendo su naturaleza, se constituyen como factor salarial, se remite la Sala, a la documental allegada al plenario, consistente en desprendibles de nómina de enero a diciembre de 2017 (fls. 21-33); manifiestos de carga de noviembre de 2017 (fls. 34-38); liquidación final de prestaciones sociales (fl. 39 y 166); volantes de pago de diciembre de 2016 a diciembre de 2017 (fls. 104-124); contrato de trabajo celebrado el 13 de junio de 2014 (fl. 151).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de INVERSIONES RABACE S.A.S., indicó que, el demandante, contrataba los viajes directamente con las distintas empresas de carga, limitándose a entregar a RABACE S.A.S., la documentación del viaje, para hacer el respectivo cobro del flete, pero que nunca se habló ni pactó una comisión a su favor del 8%.

Por su parte, la testigo GRACIELA GARCÍA CHAVARRO, quien dijo trabajar para las demandadas y encargarse de la recepción de los documentos para el cobro de los viajes, informó que, el demandante, tenía libertad para contratar los viajes, él mismo contrataba con las empresas, iba a la empresa de carga, allá lo planillaban, le daban un anticipo dependiendo de lo que necesitara para cubrir los gastos del viaje, transportaba la mercancía, luego iba a RABACE S.A.S., para dejar los documentos y allí se elaboraba la factura para el cobro del flete a la empresa de carga; señaló que, para el año 2017, el actor, tenía un salario de $1.000.000 compuesto por un básico más un porcentaje de los viajes, donde se le reconocía una comisión del 1% bruto mensual, y si daba menos, se le redondeaba a $1.000.000; que, los gastos de los viajes eran reconocidos por RABACE S.A.S., el actor, le cobraba a la empresa de carga un anticipo, con el que cubría los gastos del viaje, si le sobraba algo de ese anticipo lo tenía que devolver a RABACE S.A.S., porque al hacer el cobro del flete, la empresa de carga, les descotaba ese valor; que, RABACE S.A.S., no emitía planillas, porque simplemente es la propietaria de los vehículos, más no trasportadora, por eso el actor, era quien conseguía sus viajes directamente; que, los documentos de los viajes se los expedían las empresas de carga; y que, en los desprendibles de nómina aparecían los conceptos *"descuento aportes 8% $1.000.000"*, que correspondían a las deducciones del 4% para aportes a salud y 4% de aportes para pensión, y el concepto *"saldo rojo conductor"*, era como la empresa identificaba cuando el demandante, recibía el anticipo para gastos y no hacia la devolución a la empresa, del saldo que quedara a su favor, entonces, al momento del pago de la nómina, se hacían los respectivos cruces de cuentas y si él no devolvía el sobrante del anticipo que quedaba para RABACE S.A.S., luego de descontar gastos, se le deducía del salario; que, al demandante, siempre se le pagaron los aportes sobre $1.000.000.

Ni el demandante, ni el testigo Diomedes Martínez Álvarez, dieron ningún tipo de información relacionada con el pago de salario y las comisiones.

Así las cosas, no probó la parte actora, estando en la obligación de hacerlo, el supuesto pacto y remuneración de una comisión habitual del 8% sobre los fletes, sólo se cuenta con el dicho de la testigo GRACIELA GARCÍA CHAVARRO, quien efectivamente refirió el pago de una comisión del 1% a favor del demandante, que se obtenía de promediar los viajes realizados en el mes, y que, sumado el sueldo básico, para el año 2017, ascendía a la suma de $1.000.000, con el cual le fueron liquidadas las prestaciones sociales y los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

En este orden de ideas, no existen elementos probatorios suficientes que permitan concluir con total certeza la existencia de un pacto entre las partes para el pago de comisiones en los términos (porcentajes y etapas) indicados por el actor, por lo que resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto absolvió a la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S., por este concepto.

DEL PAGO DE LAS HORAS EXTRAS, RECARGO NOCTURNO, TRABAJO DOMINICAL Y EN DÍAS FESTIVOS

Para el reconocimiento del trabajo suplementario, se han desarrollado jurisprudencialmente los siguientes presupuestos o condiciones que se asumen como necesarios; i) debe encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas; iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no cualquier otro tipo de actividades.

Debe indicarse que, en cuanto a la prueba de las horas extras, las mismas deben encontrarse reflejadas dentro del plenario de manera clara y fehaciente, determinando el número, fecha, sin que sobre ellas recaía duda alguna sobre la labor, que se demuestre claramente que el empleador las autorizó o consintió tácitamente.

El empleador está obligado a llevar diariamente un registro de trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobre remuneración correspondiente.

A su turno, el artículo 167 del Código General del Proceso establece lo relacionado con la carga de la prueba al indicar: *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.".*

Frente a este tema, se considera que la decisión adoptada por la a-quo, se encuentra ajustado a Derecho por cuanto, la carga de la prueba recaía en cabeza del demandante, a quien le incumbía demostrar la prestación del servicio por fuera de su jornada legal ordinaria de trabajo, no debió limitarse simplemente a solicitar en su pedimento el reconocimiento y pago de estas, sino debió acreditar mediante una prueba fehaciente que llevara claridad y precisión a la Juzgadora, sobre su causación, pues no debe olvidarse que no son válidas las conjeturas para determinar las horas extras laboradas, además de que no existe constancia de que el empleador las hubiese aprobado o acreditado, ni siquiera reposa al expediente prueba de los supuestos recorridos realizados por el demandante, ni se puede considerar como indicio grave en contra de INVERSIONES RABACE S.A.S., no haber presentado las presuntas planillas de ingreso y salida del trabajador, cuando según declaración rendida bajo la gravedad de juramento, el representante legal de esa Compañía, informó que allí no se llevaba ese tipo

de control. Nótese como el testigo DIOMEDES MARTÍNEZ ÁLVAREZ, vecino del actor, indicó que le constaba verlo llegar a la casa los sábados, cada 15 o 20 días y salir el lunes entre las 2:00 a.m. y 4:00 a.m.; sin embargo, tanto el representante legal de RABACE S.A.S., como la testigo GRACIELA GARCÍA CHAVARRO, señalaron que esa Compañía, no le impuso el cumplimiento de ningún tipo de horario al trabajador, sino que él era totalmente independiente en contratar con las empresas de carga, los viajes, *"él manejaba su tiempo y el que lo controlaba era la empresa de carga"*. Así las cosas, se confirmará la decisión de la Juez de Primer Grado, en cuanto absolvió a INVERSIONES RABACE S.A.S., del pago de horas extras y recargos nocturnos.

DEL AUXILIO DE TRANSPORTE

No se desconoce que el demandante, devengaba menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues, como ya quedó establecido, para el año 2017, su salario era de $1.000.000; sin embargo, claro es por las características de su labor como conductor, éste se desplazaba y cumplía sus funciones en un vehículo tractocamión; razón por la cual, no requería del pago de auxilio de transporte; y en todo caso, tampoco demostró la parte actora, que haya incurrido en gastos para movilizarse desde el sitio de estacionamiento o parqueadero de la mula o al de su hospedaje o vivienda; razones suficientes para confirmar igualmente este aspecto de la sentencia apelada.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO

Asegura la parte demandante, que INVERSIONES RABACE S.A.S., no cumplió con el procedimiento fijado en el Reglamento Interno de Trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo y que el abandono del cargo, alegado por esa demandada, no es justa causa para finiquitar el vínculo laboral.

Pues bien, cuando lo que se procura es la prosperidad de la declaración de un despido indirecto, es deber del Fallador, verificar, en armonía con la carga de la prueba que le incumbe al demandante, en los términos del artículo 167 del CGP: i.) que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo provino del trabajador, ii.) que el trabajador hubiese comunicado al momento de la extinción del vínculo a su empleador, las causas o motivos que resultaron determinantes para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de trabajo, y; iii.) que se acredite la ocurrencia de las causales que fueron alegadas para finiquitar la relación laboral.

En efecto, para que surta efecto legal la terminación o lo que es lo mismo, para que se configuren las consecuencias jurídicas relevantes, es

indispensable que los motivos aducidos sean necesariamente comunicados de manera **clara, precisa** y por escrito al empleador[1], entendimiento que ha sido desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias, entre las que vale la pena resaltar la decisión del 27 de enero de 2016 radicado 47375.

Cumplido ello, seguidamente le incumbe al trabajador, demostrar la ocurrencia de la justa causa o motivo que siendo imputable al empleador, fue lo que sin lugar a dudas direccionó la decisión de terminar el contrato de trabajo de manera anticipada, como lo ha sostenido la máxima Corporación de esta Jurisdicción en pronunciamiento del 5 de octubre de 2016 radicación 48885[2]; aspectos de relevante importancia, comoquiera que, también en palabras de la Corte Suprema de Justicia "*mientras el juez laboral no declare que la terminación del vínculo fue indirecto, vale decir, por causas imputables al empleador, se presume o entiende que fue voluntario por parte del trabajador"* (Sentencia del 7 de septiembre de 2016 radicado No. 46075).

En el presente caso, al absolver interrogatorio de parte, el demandante indicó que, para finales del año 2017, el señor Jaime Francisco Ramírez Barrera, representante de INVERSIONES RABACE S.A.S., le dijo que debía producir un 6% o si no que mejor no moviera el vehículo, que, entonces él había durado un mes buscando carga, pero era una época muy difícil para el transporte y como no consiguió carga, decidió dejar la tractomula en un parqueadero de Duitama y no volvió más a trabajar.

Por su parte, la testigo GRACIELA GARCÍA CHAVARRO, refirió que, el actor hizo un viaje a Duitama en diciembre de 2017 y dejó el vehículo en un parqueadero, luego el señor Martín Morales, que tenía un taller de mecánica en el sitio, llamó a INVERSIONES RABACE S.A.S., y les comunicó que JARVEY RODRÍGUEZ, había dejado estacionada la tractomula allá, pero nunca recibieron una comunicación por escrito o llamada de su parte, informando que no regresaría más a trabajar, entonces ellos procedieron a realizar la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales, lo llamaron

---

[1] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de enero de 2016 radicado 47375, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. "Empero, existen ocasiones en la que, pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada. Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación. Y es que, en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo".

[2] Sentencia del 05 de octubre de 2016 radicación N° 48885.

para que se presentara a retirarla, pero como no fue, se le consignó en el Banco Agrario.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se acredita el cumplimiento de ninguno de los requisitos del despido indirecto alegado, para ser beneficiario de la indemnización deprecada, y es que, aunque en demandante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que su decisión de no continuar laborando, se dio porque le exigieron aumentar el porcentaje de viajes, ninguna de las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, brinda certeza a la Sala, sobre esa situación; además, tampoco cumplió con el deber de informar al empleador, de manera escrita las inconformidades o motivos por los cuales finalizaba el vínculo laboral de manera unilateral; por lo tanto, éste no conoció las razones de terminación del contrato de trabajo, ni tuvo la oportunidad de ejercer su defensa al respecto; de ahí que, mal puede ahora el actor justificar su pretensión, en que la demandada no adelantó un proceso disciplinario o el trámite previsto en el Reglamento Interno de trabajo, cuando nunca conoció las razones por las cuales el mismo finiquitó; en esas condiciones se confirmará igualmente la sentencia apelada en ese sentido.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990

Rechaza la parte demandada INVERSIONES RABACE S.A.S., la condena impuesta por la Juez de Instancia, como sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, alegando que, pese a no haber aportado la prueba respectiva, durante la vigencia del vínculo laboral, sí cumplió con dicha obligación.

Sea lo primero indicar que, la Sala, no se pronunciará respecto a la documental allegada por esa demandada, en esta Instancia, comoquiera que, no se cumple con lo establecido en el artículo 83 del CPTSS, siendo a todas luces extemporáneas, pues, se trata de la respuesta dada por la AFP PROTECCION S.A., a una petición elevada el 28 de enero de 2020, cuando la sentencia de Primera Instancia, ya había sido proferida; además, la parte accionada, contaba con otras oportunidades procesales para haber presentado dichas pruebas, dentro del debate probatorio.

Dicho lo anterior, en cuanto a la presente indemnización, oportuno resulta recordar que no está llamada a imponerse en forma automática, sino que por el contrario debe encontrarse acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador, quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de realizar la consignación de las cesantías en los términos ordenados en la norma, la cual le impone la obligación de consignar en una Administradora de fondos, el auxilio de cesantías, causado a 31 de

diciembre de cada anualidad determinando un límite temporal que no puede exceder del 14 de febrero siguiente.

Así las cosas, a folio 123 milita una liquidación de cesantías e intereses correspondiente al año 2016; en la liquidación final de prestaciones sociales, se incluyó el auxilio de cesantías de los años 2017 y la fracción trabajada del 2018, junto con sus respectivos intereses (fls. 39 y 166), los cuales no fueron consignados porque la terminación del vínculo laboral se produjo antes del 14 de febrero de 2018; y adicionalmente, se allegó comunicación del 23 de enero de 2018, dirigida a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION, autorizando el retiro de las cesantías del señor JARVEY RODRIGUEZ ESPINEL (fl. 165), por lo que, contrario a lo considerado por la Juez de Primer Grado, en el presente caso, si se encuentra acreditado el cumplimiento de la consignación del auxilio de cesantías en un fondo por parte del empleador demandado INVERSIONES RABACE S.A.S.; y aun cuando no se allegó documental que refiera la consignación de esta prestación por la fracción del año 2014 y las del 2015, lo cierto es que, en virtud de lo señalado por el artículo 1628 del C.C., habrá de presumirse que el pago de los periodos anteriores sí se realizaron.

Por lo anterior, se revocará el ordinal quinto de la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S., de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Dadas las resultas y al no haber prosperado ninguna de las pretensiones del demandante, la Sala, se releva del estudio de dicha pretensión.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por la parte actora y la demandada INVERSIONES RABACE S.A.S.

Costas en la alzada a cargo del demandante; no se imponen a la parte demandada, ante la prosperidad de su recurso. Se revocan parcialmente las de Primera Instancia que también serán a cargo del demandante, y en favor de INVERSIONES RABACE S.A.S., por ser la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida el 22 de enero de 2020, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **INVERSIONES RABACE S.A.S.**, del pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías, reclamada por el señor **JARVEY RODRÍGUEZ ESPINEL**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo del demandante. Se revocan las de Primera Instancia, que estarán también a cargo de la parte actora, respecto de INVERSIONES RABACE S.A.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500220170048 2-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Comisiones – indemnización moratoria artículo 65 del CST.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 05 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALEJANDRO SALDÍAS LÓPEZ** en contra de **COLINAGRO S.A.**

ANTECEDENTES

ALEJANDRO SALDÍAS LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral contra COLINAGRO S.A., para que, se declare que la demandada le adeuda las comisiones causadas entre el 01 de enero y el 30 de mayo de 2014, por la suma de $12.500.000; que, se declare que COLINAGRO S.A., le adeuda la reliquidación del contrato de trabajo por entenderse dichas comisiones, factor salarial y prestacional; que, se declare que la demandada incurrió en mora en la reliquidación de su contrato de trabajo; y, en consecuencia, se condene a COLINAGRO al pago de dicha suma o la que resulte probada en el proceso; así como al pago de la indemnización del artículo 65 del CST, la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 01 de octubre de 2012, celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para ocupar el cargo de gerente de ventas internacionales; que, se pactó como salario, la suma de $2.000.000, más comisiones mensuales garantizadas por $2.500.000 hasta el mes de diciembre de 2013;

que, para enero de 2014, COLINAGRO S.A., no le formalizó, ni realizó el pago de las comisiones pactadas.

Refirió que, el 01 de junio de 2014, recibió un documento denominado *"cláusula adicional"*, donde la demandada, estableció las condiciones de causación de comisiones para el año 2014, sustituyendo en su integridad la cláusula segunda del contrato de trabajo, pactando como base de las comisiones un 8%; que, sólo recibió el pago de las comisiones a partir de junio de 2014, sin que se le cancelaran las correspondientes a los meses de enero a junio de 2014.

Indicó que, el 15 de octubre de 2014, le fue informada la terminación de su contrato de trabajo; que, el 23 de octubre de 2014, recibió la notificación de la liquidación de prestaciones sociales; sin embargo, requirió verbalmente a su empleador, porque en la misma no se incluyó el pago de las comisiones de enero a junio y octubre de 2014, efectuando varios requerimientos mediante correo electrónico los días 26 de febrero y 19 de marzo de 2015; que, ante la ausencia de respuesta por parte de la demandada, el 28 de marzo de 2017, nuevamente requirió a la empresa, pero a través de apoderada judicial; que, posteriormente, fue citado a la empresa accionada, y el 17 de mayo de 2017, se presentó a las instalaciones de COLINAGRO S.A., donde reconoció verbalmente la deuda que por comisiones y reliquidación del contrato de trabajo tenía la empresa, con él.

Manifestó que, el mismo 17 de mayo de 2017, recibió un correo electrónico con un acuerdo de transacción; el 18 de mayo de 2017, fue citado por correo electrónico, para que se presentara a la empresa, en el plazo perentorio de un día a reclamar la reliquidación del contrato de trabajo, pero, como no se acercó, el 04 de junio de 2017, le comunicaron que, se había constituido un depósito judicial a su favor por $10.587.635 (fls. 1-7).

REFORMA DE LA DEMANDA

El demandante, reformó las pretensiones de la demanda, solicitando de manera principal, que, se declare que la demandada le adeuda las comisiones causadas entre el 01 de enero y el 30 de mayo de 2014, por la suma de $12.500.000; que, se declare que COLINAGRO S.A., le adeuda la reliquidación del contrato de trabajo por entenderse dichas comisiones, factor salarial y prestacional; que, se declare que la demandada incurrió en mora en la reliquidación de su contrato de trabajo; y, en consecuencia, se condene a COLINAGRO al pago de dicha suma o la que resulte probada en el proceso; así como al pago de la indemnización del artículo 65 del CST, la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, pide que se condene a la demandada, a pagar a su favor la indexación, como compensación de los perjuicios causados por la mora en el pago de los valores adeudados y por haber omitido la

consignación del valor total del auxilio de cesantías causadas en el año 2014 (fls. 194-201).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

Notificada la demandada COLINAGRO S.A., dio contestación en término a la demanda y su reforma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo lo relacionado con el pago de las comisiones, aclarando que, en el contrato de trabajo, sólo se pactaron comisiones hasta diciembre de 2013; que, entre enero y junio de 2014, no se pagaron comisiones al trabajador, pues, no habían sido pactadas y las condiciones del otrosí al contrato, firmado en junio de 2014, no tenía efectos retroactivos, por lo que la base de comisión del 8% convenida en esa fecha, tenía efectos a partir de la firma del documento y no antes; además que, el 29 de octubre de 2014, se generó una nueva liquidación, porque sólo hasta esa fecha la empresa pudo validar qué comisiones adicionales había causado el demandante, luego de su desvinculación y, en consecuencia, procediendo de buena fe, realizó la reliquidación de sus acreencias laborales. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, falta de causa, buena fe, prescripción, inexistencia de las obligaciones que se pretende deducir en juicio a cargo de COLINAGRO S.A., mala fe del demandante, compensación y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (fls. 98-113 y 209-223).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de febrero de 2020, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada COLINAGRO S.A., de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por el demandante; declaró probadas las excepciones de pago y cobro de lo no debido propuestas por la demandada, condenando en costas al demandante.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, entre enero y junio de 2014, las partes no pactaron el pago de comisiones por ventas internacionales; sin embargo, como admitió el representante legal de la demandada, al absolver interrogatorio de parte, el actor, si generó comisiones en enero y abril de 2014, las cuales fueron pagadas en junio y agosto de 2014; además que, de haber tenido efectos retroactivos el acuerdo de pago de comisiones suscrito entre las partes en junio de 2014, el demandante, no acreditó la causación de las comisiones deprecadas, negando las pretensiones principales; y, en cuanto a las pretensiones subsidiarias, que también fueron denegadas, dijo que, la parte actora, no probó los perjuicios reclamados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que la demanda versaba frente a dos comisiones, la comisión por ventas que se formalizó en julio de 2014 y las causadas de enero de junio del mismo año, que no le fueron canceladas; que, la a-quo, no tuvo en cuenta que la reliquidación efectuada por COLINAGRO S.A., al demandante, lo fue en el año 2017, pasando por alto, los requerimientos, verbales y escritos, efectuados el actor, pues, las comisiones sólo se pagaban una vez se facturaba y cancelaba el producto por el cliente, existiendo una indebida valoración probatoria, ya que no se advierte justificación válida alguna para que la demandada, sólo 2 años después de la terminación del vínculo laboral, realizara la reliquidación y pago de las comisiones causadas por el demandante; que, no hubo buena fe del empleador, sino una omisión completa a las reclamaciones efectuadas por el trabajador, por casi 3 años, cancelándole finalmente lo que creyó deber; que, si la conducta de la demandada, no estuvo revestida de mala fe, entonces por lo menos debió reconocerse en Primera Instancia, la indexación, por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido al lapso de tiempo transcurrido entre su causación y pago.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar si resulta ajustada o no la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto negó el pago de las comisiones reclamadas por el actor, así como la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por el no pago oportuno de las mismas.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de inconformidad en la alzada, y así quedó determinado por la Juez de Instancia, que, entre el señor ALEJANDRO SALDIAS LÓPEZ y COLINAGRO S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 01 de octubre de 2012 y el 15 de octubre de 2014, donde el actor se desempeñó como gerente de ventas internacionales (fls. 14-16, 66-68, 114-119 y 122-126).

DE LAS COMISIONES

Insiste la parte demandante en el pago de las comisiones causadas entre el 01 de enero y el 30 de mayo de 2014, y que, según indicó en su recurso, son independientes de las pactadas en el otrosí al contrato de trabajo suscrito en el mes de julio del 2014.

Al respecto, milita en el plenario contrato de trabajo, celebrado entre las partes el 01de octubre de 2012, donde se pactó en su cláusula segunda, que, *"El trabajador gozara de un garantizado de Comisiones mensuales de Dos Millones Quinientos Mil Pesos M/cye ($2.500.000) hasta el mes de Diciembre de 2013"* (fls. 14 y 114); también obra cláusula adicional de fecha 01 de junio de 2014, donde, demandante y demandada, acuerdan *"las condiciones de causación de las comisiones de ventas internacionales a partir del año 2014, así: Base comisión para 2014 8% Base comisión para 2015 6% Base comisión para 2016 4% Base comisión para 2017 2% El presente acuerdo sustituye en su integridad las cláusulas del contrato de trabajo o los documentos que regían las condiciones de causación de comisiones por ventas internacionales, los cuales queda* (sic) *sin efecto a partir de la fecha de suscripción de la presente clausula. Las demás condiciones de su contrato se mantienen vigentes"* (fls. 17 y 117).

Igualmente se allegaron los desprendibles de nómina de octubre de 2012 a septiembre de 2014, de donde se desprende el pago de una comisión garantizada en el periodo 1 de enero de 2014 (fls. 48 y 157) y unas comisiones por recaudo en mayo periodo 1 de 2014 (fls. 56 y 161), junio periodo 1 de 2014 (fls. 58 y 162), agosto de 2014, periodos 1 y 2 (fls. 62-63 y 164); liquidación del contrato de trabajo No. 29540 del 01 de octubre de 2014, que no incluyó el pago de comisiones (fls. 66-67 y 122-123), reliquidación de contrato No. 29640 del mismo 01 de octubre de 2014, donde se incluyó una comisión por recaudo (fls. 68-69 y 124-125); correo electrónico del 01 de junio de 2019 reenviado a Carolina Camargo – abogados, mensajes del 26 de febrero y 19 de marzo de 2015, dirigidos a Jorge Conde – COLINAGRO S.A., sobre comisiones por ventas pendientes (fls. 6-70).

Asimismo, se allegó un correo electrónico de la señora Alejandra Puerta Marín, Gerente de Gestión Humana de la demandada, de fecha 17 de mayo de 2017, poniendo en conocimiento del actor, un acuerdo de transacción (fls. 71-74); citación del 18 de mayo de 2017, enviada por COLINAGRO S.A., al demandante, para que se presentara a la Empresa, a recibir el pago de las presuntas comisiones adeudadas, so pena de efectuar su pago a través de depósito judicial en caso de no presentarse (fl. 76 y 132); comunicación del 31 de mayo de 2017, dirigida al demandante, por la demandada, informando la consignación de un depósito judicial a su favor por la suma de $10.587.635, a órdenes del Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, según reliquidación elaborada el 01 de mayo de 2017 (fls. 78-80 y 134-140); reclamación del 03 de abril de 2017, dirigida al representante legal de la

demandada y su respectiva contestación (fls. 81-86 y 127-130); certificado a aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (fls. 167-177); instructivo para liquidación de comisiones del 03 de marzo de 2014 (fls. 179-181) y políticas comerciales (fls. 182-192).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada, informó que, el demandante, se desempeñó como gerente de ventas internacionales para COLINAGRO S.A., entre octubre de 2012 y octubre de 2014; que, en el contrato de trabajo se le garantizó un variable de comisión de $2.500.000 hasta diciembre de 2013, pero en el mes de junio de 2014 se hizo un otrosí al contrato de trabajo para regular las comisiones y se reconocieron retroactivamente unas comisiones causadas en enero y abril de 2014; que, entre enero y junio de 2014, no se suscribió ningún documento regulando el pago de las comisiones, ni hubo ningún cambio de condiciones laborales del actor; que, desconoce alguna reclamación presentada por el demandante, antes del año 2017, porque el anterior gerente de la demandada, era el señor JORGE CONDE, y no él; que, el demandante, envió un correo reclamando unas comisiones que ocurrieron después de que él ya había dejado de trabajar, por lo que, COLINAGRO, hizo una revisión del tema, y dado que el padre el actor, también trabajaba en la empresa, y era un colaborador muy apreciado y en aras de frenar cualquier reclamación, se procedió a efectuar una reliquidación; que, revisaron todas las ventas de la Compañía, encontrando varias inconsistencias y dos ventas hechas por el demandante, que la empresa había recaudado el dinero mucho tiempo después de su salida, entonces se pusieron en contacto con el actor y efectuaron su pago, a través de un depósito judicial, dinero cancelado de buena fe; que, el otrosí al contrato de trabajo se firmó en junio de 2014 y comenzó a regir a partir de esa fecha, sin embargo, las ventas hechas por el actor, en enero y abril de 2014, le fueron reconocidas en el mes de junio y agosto de ese año; que, la práctica común en la Compañía, es el pago de comisiones cuando se recauda el dinero, por eso, la venta realizada en enero de 2014, que se recaudó en abril de 2014, se le pago en junio de 2014, luego del acuerdo suscrito respecto al pago de comisiones y la efectuada en abril de 2014 se recaudó en julio y se le pagó en agosto de 2014, como se puede comprobar en los respectivos desprendibles de nómina.

El demandante, por su parte aceptó el pacto de comisiones fijado en el contrato de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2013; dijo que, de enero a junio de 2014, él no firmó con la demandada ningún acuerdo respecto a sus condiciones salariales y laborales, menos aún se estipuló nada en cuanto al pago de comisiones, razón por la cual habló varias veces durante ese periodo con el señor DANIEL MEJÍA, su jefe y gerente comercial, manifestándole que necesitaban organizar ese documento, porque sentía que sus condiciones laborales estaban desmejorando; que, luego de suscribir el otrosí al contrato de trabajo, a partir del 1 de junio se le cancelaron las comisiones causadas en enero y abril de 2014, como consta en los recibos de nómina; que,

después de su reclamación del 2017 se le reliquidaron las presuntas diferencias por concepto de comisiones y se le pagaron a través de un título judicial, pero no está seguro de qué se incluía en ese valor que le giraron; que, la empresa intentó un acuerdo previo a la demanda, razón por la cual se reunió en las instalaciones de COLINAGRO S.A., con la señora ALEJANDRA PUERTA, quien llevaba un documento de acuerdo, entonces él le pidió que se lo enviaran por correo electrónico, lo estudio y puso en conocimiento de su abogado, pero no estuvo de acuerdo con las condiciones allí planteadas, entonces decidió no aceptarlo; que, hizo durante 3 años varias reclamaciones, algunas verbales, otras, se hicieron por parte de su padre, quien también trabajaba en esa época en la empresa, al señor JORGE CONDE, y ya cuando vio que no pasaba nada, decidió acudir a un abogado; que, el 29 de octubre de 2014 recibió una reliquidación porque lo llamaron de COLINAGRO S.A. y le dijeron que había un error en la liquidación inicial, entonces él fue a la empresa y recibió un pago, al igual que la reliquidación que se le pagó con el depósito judicial.

También declararon en el proceso, JOSÉ VICENTE MACHADO GAITÁN, quien dijo trabajar en COLINAGRO S.A., desde el 4 de abril de 2006, como gerente de unidad de negocio, y para junio de 2012 se desempeñaba como líder de cultivo de café y cacao; refirió que, el demandante ingresó como gerente de negocios internacionales y estuvo vinculado a esa Compañía hasta octubre de 2014; señaló que toda el área comercial, entre 2012 y 2014, recibía un salario básico y variable que estaba compuesto por comisiones, en recaudo después de venta; explicó que, se considera venta aquella hecha una vez emitida la factura, cuando se haya entregado el producto y el cliente haya recibido a conformidad, y que, se recibía el salario variable una vez se tuviera el 100% del pago de la factura, a conformidad de parte de la empresa.

JUAN PABLO CARRANZA RODRÍGUEZ, quien también dijo trabajar para la demandada, desempeñándose entre 2012 a 2014 como gerente en flores en la Sabana y luego gerente en el Eje Cafetero, dijo que la causación de comisiones era por recaudo, por lo que, se debía generar la factura al cliente, y la comisión se pagaba al momento en que el cliente hiciera el pago de la factura, pero manifestó desconocer en el caso particular del demandante, cuáles eran las condiciones de pago.

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto a las comisiones que dijo el demandante, se causaron a su favor, entre el 01 de enero y el 30 de mayo de 2014, no existe prueba alguna en el expediente de ventas realizadas por éste, que permita inferir las comisiones pretendidas; además, nótese como al absolver interrogatorio de parte, el mismo actor, aceptó que las comisiones por las ventas realizadas por él durante los meses de enero y abril de 2014 sí le fueron canceladas, hecho que corroboró el representante legal de la demandada y se encuentra demostrado con los comprobantes de

nómina de junio y agosto de 2014. No se desconoce y así quedó establecido que las comisiones por ventas internacionales, reconocidas al demandante, se cancelaban a su favor, una vez efectuado el recaudo del valor de la factura correspondiente, por lo que, a pesar de haberse terminado el vínculo laboral, la demandada estaba en la obligación de liquidar y pagar a favor del señor SALDIAS LÓPEZ, las comisiones que se generan por esos recaudos posteriores, como efectivamente COLINAGRO S.A., hizo cuando realizó la reliquidación No. 29640 del 29 de octubre de 2014, incluyendo una comisión por recaudo (fls. 68 y 125).

Adicionalmente, pese a que el demandante, refiere haber requerido en varias oportunidades a la demandada, con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, para que le efectuara el pago de las comisiones que según él le adeudaba por su labor entre enero y mayo de 2014, lo cierto es que sólo se allegó al plenario un mensaje enviado por correo electrónico del 26 de febrero de 2015, reiterado el 29 de marzo del mismo año, donde éste solicitó *"las ventas facturadas en Octubre de 2014"*; y sólo hasta el 28 de marzo de 2017, a través de su apoderado, el demandante, reclamó lo que creía adeudaba la demandada, por comisiones de enero a mayo de 2014, razón por la que fue citado a la empresa y sin llegar a ningún acuerdo sobre tales conceptos, llevó a COLINAGRO a su pago, a través de un depósito judicial.

Así las cosas, se reitera, no existe prueba alguna de las comisiones cuyo pago reclama el demandante, por su gestión como gerente de ventas internacionales generadas entre enero y mayo de 2014, carga probatoria que le correspondía, conforme a lo señalado por el artículo 167 del CGP, de ahí que, al no demostrarse por la parte actora, que efectivamente las comisiones que reclama fueron causadas y que se le estén debiendo, habrá de confirmarse la absolución de Primera Instancia; sin que tampoco resulte procedente imponer condena alguna a la demandada, por concepto de indemnización moratoria o indexación, pues, ésta canceló oportunamente al demandante, lo que creía deberle y sólo hasta el 28 de marzo de 2017, el trabajador, puso en conocimiento de COLINAGRO S.A, la presunta deuda de las comisiones de enero a mayo de 2014; además, tampoco se logró demostrar que el pago efectuado por depósito judicial, correspondiera a algún beneficio causado durante el periodo alegado, del que se pueda extraer mala fe del empleador o la posible pérdida del poder adquisitivo de la moneda frente a dichos valores.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por la parte actora.

Costas en la alzada a cargo del demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 05 de febrero de 2020, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **ALEJANDRO SALDÍAS LÓPEZ** en contra de **COLINAGRO S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500120170048501

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Prestaciones Convencionales – nivelación salarial- Indemnización por despido sin justa causa – indemnización moratoria.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 06 de febrero de 2020 por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ AIDA CANO SUAREZ** en contra del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** representado por **FIDUAGRARIA S.A.**, la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**.

ANTECEDENTES

LUZ AIDA CANO SUÁREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN representado por FIDUAGRARIA S.A., la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo con el ISS, entre el 01 de septiembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012; y en consecuencia, que se condene a las demandadas, al pago de la indemnización por despido injusto convencional, vacaciones, primas de navidad del orden legal, primas extralegales de vacaciones, primas extralegales de servicios, cesantías,

intereses sobre las cesantías, prima técnica convencional, reajustes salariales, aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Salud, por el valor de los aportes que le correspondía cancelar al ISS, indemnización moratorio o subsidiariamente la indexación de todos los derechos económicos; y, las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios para el Instituto de Seguros Sociales entre el 01 de septiembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012, desempeñando funciones propias de un profesional universitario, como administradora de empresas, en el Departamento de Servidores Públicos, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios personales; sin embargo, recibía órdenes de sus superiores, cumplía un horario, prestaba sus servicios en las instalaciones de la demandada, acataba los reglamentos de la entidad, empleaba los elementos que le suministraba el ISS.

Refirió que, en el ISS, existía personal de planta, vinculado mediante contrato de trabajo, que prestaba sus servicios en condiciones idénticas a ella, clasificados en el cargo profesional universitario cuyo grado menor era 27; pero, que además recibían todas las prestaciones legales de los trabajadores oficiales, así como las prestaciones extralegales que fueron estipuladas en la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada el 31 de diciembre de 2001 entre el ISS y su Sindicato mayoritario SINTRASEGURIDADSOCIAL.

Indicó que, tanto para el 2011, como para el 2012, devengó la suma de $1.842.345, mientras que los profesionales de planta, vinculados al ISS, por contrato de trabajo, percibían una asignación básica superior; que, durante la vigencia de la relación laboral, no se le reconoció el pago de ninguna de las prestaciones reclamadas; que, su contrato de trabajo terminó por decisión unilateral del ISS; y que, el 05 de febrero de 2015, reclamó el reconocimiento de los derechos legales y extralegales que le asisten como trabajadora oficial de ISS (fls. 3-18 y 178-203).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación a la demanda, en los siguientes términos:

La **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de vínculo jurídico, principio de legalidad, principio de especialización, subrogación del PARISS y subsidiariamente del Ministerio de Salud y Protección Social, inaplicabilidad de la Convención Colectiva, buena fe y la genérica (fls. 208-213 y 295-300).

El **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** administrado por FIDUAGRARIA S.A., con escrito de folios 215 a 231, 301 a 316 y 318 a 332, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, y negó los hechos de la misma, por tratarse de circunstancias acaecidas con una entidad extinta; propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de nexo causal -inexistencia del contrato de trabajo o prestación de servicios con Fiduagraria S.A., prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la genérica.

La **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, indicó no constarle ninguno de los hechos de la demanda y se opuso a sus pretensiones; formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia del pago de la sanción moratoria, inexistencia de solidaridad entre el ISS y el Ministerio, prescripción y la innominada (fls. 258-281).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de febrero de 2020, el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de una relación laboral entre la demandante y el ISS liquidado, del 16 de septiembre de 2011 al 30 de noviembre de 2012; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 02 de febrero de 2012; declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por la NACION – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; ordenó al PAR ISS LIQUIDADO, pagar a la demandante $2.359.255 por concepto de cesantías; $179.321 de intereses a las cesantías; $1.494.347 por prima de servicios; $747.173 por vacaciones; $2.149.402 de indemnización por despido injusto; $61.411 diarios a partir del 30 de noviembre de 2012 y hasta el 31 de marzo de 2015 por concepto de indemnización moratoria; aportes a pensión, según los porcentajes legales establecidos, dejados de cotizar por el empleador a órdenes de la entidad de Seguridad Social que la actora elija debiendo la parte demandada efectuar la afiliación y el depósito de la suma debida; negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas al PAR ISS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las partes demandante y PAR ISS hoy LIQUIDADO, presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

La **parte demandante**, solicita el reconocimiento de los beneficios convencionales a que tiene derecho la actora, se revoque la absolución a la Nación – Ministerio de Salud, por ser quien soporta las obligaciones del extinto ISS, como se ha indicado en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que, se modifiquen las condenas relacionadas con las vacaciones, que además tiene una prescripción especial de 4 años y no de 3; y de los aportes al Sistema de Seguridad Social, que debió sufragar la demandante, cuando era el ISS en su calidad de empleador, quien debía concurrir al pago del 75%; también solicita que se acceda a la indexación; diciente del argumento del a-quo, respecto a la falta de prueba de la vigencia de la Convención Colectiva, pues, el artículo 478 del CST, establece las prórrogas automáticas, por lo tanto, no estaba obligada la parte actora a probar su vigencia, debiendo modificarse el valor de las cesantías y sus intereses; que, se reconozca la prima técnica convencional, habiendo trabajado la demandante como profesional; que, se acceda a la prima extralegal de servicios; que se acceda al incremento salarial convencional; que, la prima de navidad es una prestación de orden legal para los trabajadores oficiales y es concurrente con la prima extralegal de servicios; que, la indemnización por despido injusto debe liquidarse conforme a los parámetros establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo; que, la indemnización moratoria no se puede limitar al 31 de marzo de 2015, ya que, el artículo 1 del Decreto 749 de 1949, que establece la moratoria para los trabajadores oficiales, nada contempla al respecto, debiendo extenderse hasta la fecha misma de pago; que, en caso de accederse al límite de la indemnización moratoria, deberá accederse a la indexación de los valores objeto de condena.

Por su parte, el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS hoy liquidado**, argumentó que, no se debe declarar la existencia del contrato de trabajo de la actora, dada la naturaleza jurídica del ISS, que siempre actuó como Empresa Industrial y Comercial del Estado, y por tanto, no se puede hacer alusión al artículo 24 de CST, pues, se debió tener en cuenta que por desempeñar actividades profesionales, de conformidad con el Decreto 416 de 1997, debió analizarse si cumplía con las calidades de trabajador oficial o empleado público; que, no procede la condena por los aportes al Sistema de Seguridad Social, pues, dada la naturaleza del vínculo contractual que unió a las partes, la demandada estaba cumpliendo con su obligación contractual como trabajadora independiente; que, ninguna de las condenas impuestas debió liquidarse conforme al Código Sustantivo del Trabajo, ya que dicha norma corresponde a los trabajadores particulares; que, en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, ni se puede liquidar conforme lo señala el CST, ni se logró demostrar por la trabajadora las condiciones en que se produjo el mismo, siendo conocedora del proceso de liquidación en que se encontraba el ISS; que, la indemnización moratoria, no procede por cuanto la entidad estaba en una liquidación forzosa administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de ley, la parte demandante, insistió en que se debe extender la condena a la Nación – Ministerio de Salud, por ser la cartera encargada de hacer efectivo el pago de los derechos laborales reconocidos.

Por su parte, el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS hoy liquidado, solicitó que se absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ratificando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por la demandante y el demandado PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS HOY LIQUIDADO, la Sala deberá determinar i) si conforme al cargo de profesional y funciones desempeñadas por la actora, ésta pudo ostentar la condición de empleada pública o de trabajadora oficial; ii) si entre la demandante y el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, existió el elemento de la subordinación y con él una verdadera relación laboral, y iii) analizar lo pertinente a las condenas impuestas, si hay lugar a su modificación de conformidad con lo apelado o si por el contrario la decisión de Primera Instancia se encuentra ajustada a derecho.

DE LA CONDICIÓN DE EMPLEADA PÚBLICA O TRABAJADORA OFICIAL DE LA DEMANDANTE

Alega el demandado PAR ISS LIQUIDADO, que la demandante, desempeñaba un cargo como profesional y administradora de empresas al servicio del ISS hoy liquidado, y dada la naturaleza de esa Entidad, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, no podía ostentar la condición de trabajadora oficial.

Al respecto, de conformidad con el inciso 2 del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Ahora, de acuerdo con los criterios orgánico y funcional previstos en el citado Decreto extraordinario, el Consejo Directivo del ISS estableció en el artículo 1 del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 del mismo año, la clasificación de sus servidores, así:

> *"Artículo 1º. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.*
>
> *A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:*
>
> *1. Presidente del Instituto.*
> *2. Secretario General y Seccional.*
> *3. Vicepresidente.*
> *4. Gerente.*
> *5. Director.*
> *6. Asesor.*
> *7. Jefe de Departamento.*
> *Jefe de Unidad.*
> *9. Subgerente.*
> *10. Coordinador Clase I, II , III, IV y V.*
> *11. Jefe de Sección.*
> *12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
> *13. Los Servidores Profesionales y Secretarias Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*
>
> *B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos."* (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, el Acuerdo 76 de 1994 aprobado por el Decreto 337 del 20 de febrero de 1995 y vigente hasta la expedición del Decreto 2012 de 2012, modificó la estructura anterior del ISS y adoptó otra nueva a nivel nacional, seccional, zonal y local y, en lo concerniente, señaló:

> *"Artículo 3°. El artículo 5° del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:*
> *(…)*
> *En la estructura interna del Nivel Seccional, las unidades o dependencias del nivel directivo se denominan Gerencias y Secretarías Seccionales. Las de asesoría se denominan Direcciones y/o Unidades, y las ejecutivas, Departamentos, Coordinaciones, Secciones o Centros.*
> *(…)*
>
> *Las Seccionales de Cundinamarca-Santafé de Bogotá, Valle, Antioquia y Atlántico en su estructura contarán con: Gerencia Administrativa, Gerencia de Pensiones, Gerencia de Protección Riesgos Laborales, Gerencia de EPS y Gerencias de Clínicas (IPS).*
>
> *Artículo 4°. El artículo 7°del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:*
> *Estructura Interna. El Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional y Zonal, tendrá la siguiente estructura interna:*
> *(…)*

NIVEL SECCIONAL
(…)
6.4 Gerencia Seccional de Pensiones
6.4.1 Departamento de Atención al Pensionado
6.4.2 Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados
(…)"

De acuerdo con la clasificación de los empleos del ISS prevista en el Decreto 416 de 1997, en armonía con la estructura de la entidad consagrada en el Decreto 337 de 1995, para que los servidores *"profesionales o secretarias ejecutivas"* puedan considerarse empleados públicos, es indispensable que el cargo que desempeñen se encuentre adscrito a los despachos de presidente, secretario general o seccional, vicepresidente, gerente y director; que presten sus servicios en forma directa a los titulares de dichos despachos, y que sus actividades estén inmersas en la excepción prevista en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968.

Así las cosas, las funciones de los profesionales adscritos a los *niveles ejecutivos* del ISS (inc. 3 del artículo 3 del Decreto 337 de 1995) tales como el Departamento de Pensiones de la Seccional Cundinamarca, no pueden incluirse dentro del catálogo de actividades exceptuadas del régimen de los trabajadores oficiales, comoquiera que, los *departamentos, coordinaciones, secciones o centros* no pertenecen a los niveles directivo y asesor de la entidad, en la medida que entre sus funciones no está la adopción de directrices generales, no pertenecen a la más alta jerarquía de la estructura organizacional del instituto, ni ejerció funciones de confianza y manejo, pues, tal y como se desprende de las certificaciones de folios 27 a 31, la actora debía, entre otras, *"1. APOYAR A LA SECCIONAL - JEFATURA DE ATENCIÓN AL PENSIONADO O GERENTE SECCIONAL-, EN LA LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, IMPUTACIÓN DE PAGOS Y CÁLCULO DE TIEMPOS COTIZADOS EN LA DECISIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS (…) 3. ATENDER A LOS ASEGURADOS PENSIONADOS Y BENEFICIARIOS EN ASPECTOS RELATIVOS AL TRÁMITE DE RECEPCIÓN, INFORMACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE SOLICITUDES PRESTACIONALES, ENTRE OTRAS, HACIENDO RESPECTIVO SEGUIMIENTO…"*; y, según el dicho de la testigo Heidi Blanco, ella y la demandante, entre los años 2011 y 2012, sólo prestaron sus servicios al ISS, como liquidadoras de nómina de pensionados.

Teniendo en cuenta lo anterior y contrario a lo manifestado por el apoderado del Patrimonio demandado, si bien la demandante, desempeñaba un cargo profesional y se encontraba vinculada como administradora de empresas en el Departamento de Pensiones de la Seccional Cundinamarca, mediante contratos administrativos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, lo cierto es que, no cumple con las condiciones del numeral 13 de literal A) del artículo 1 del Decreto 416 de 1997, sino los presupuestos del literal B) del artículo 1 del mismo Decreto, razón por la cual, no puede ser considerada una empleada pública.

DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

No existe discusión en que la prestación de los servicios personales de la demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo fue, en virtud de varios contratos de prestación de servicios; y que, en desarrollo de éstos realizó actividades en el Departamento de Pensiones – Seccional Cundinamarca, recibiendo por su último contrato unos honorarios pagaderos por mensualidad vencida en la suma de $1.842.345, contrato que finalizó el 30 de noviembre de 2012; circunstancias de las que dieron cuenta, entre otros medios probatorios, la certificación No. 16179 expedida por el ISS EN LIQUIDACIÓN de fecha 22 de agosto de 2012 (fl. 28); copia de los distintos contratos de prestación de servicios personales (fls. 25-27); interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD fl. 395) y la declaración rendida en el proceso por HEIDI BLANCO. Pruebas que al no haber sido tachadas ni refutadas de falso dan fe de lo allí expresado.

En tal orden, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió los contratos de prestación de servicios así:

> *"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados."*
>
> *En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"*

Se infiere de la citada norma que, en el contrato administrativo de prestación de servicios, la actividad humana que la persona natural se obliga a ejecutar en favor del ente público no puede realizarse *"bajo la continuada dependencia o subordinación"* de este último. Por manera que, la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo.

Ahora bien, sabido es, que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos casos en los que la actividad de la administración no puede ser ejecutada por personas vinculadas a ella o, cuando se necesitan conocimientos especializados, por tal motivo se abordará la resolución del problema jurídico de la siguiente manera:

DEL CONTRATO REALIDAD

Pretende la señora LUZ AIDA CANO SUÁREZ, se declare que su relación jurídica con el I.S.S. estuvo regida por un contrato de trabajo vigente entre el 01 de septiembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012.

A fin de definir la cuestión, forzoso resulta remitirnos a las normas que regulan los contratos de trabajo y los elementos del mismo, como son el artículo 1 de la ley 6 de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 de 1945, que disponen:

> Ley 6 de 1945:
>
> *"ARTICULO 1° Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horario, reglamentos o control especial de del patrono…"*
>
> Decreto 2127 de 1945:
>
> *"Artículo 1°. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo, y bajo su continua dependencia, y éste último a pagar a aquel, cierta remuneración.*
>
> *Artículo 2°. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:*
>
> *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por si mismo; La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento; darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y El salario como retribución del servicio.*
>
> ***Artículo 3°. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le de; ni de las condiciones peculiares el patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera."***
>
> *ARTICULO 20. El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción…"* (Negrilla fuera de texto).

Desde la anterior óptica, es fácil colegir que los trabajadores oficiales también se encuentran amparados por el principio del contrato realidad, lo que conduce a la necesidad de verificar si en la vinculación de prestación de servicios del actor se presentaron los elementos del contrato de trabajo, para así determinar si se trata de una relación laboral o de una independiente, máxime cuando en su favor opera la presunción legal de que lo fue mediante contrato de trabajo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, Sala Plena en Sentencia C-154 de marzo de 1997 dijo:

> *"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada (num. 3 parcial del art. 32 ley 80/93), no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*
>
> *Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos de contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo (…).*

Igualmente indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en recientes en reciente sentencia SL3142 del 9 de junio del 2021 que:

> *"…en los eventos en que se pretende la declaratoria de existencia del contrato de trabajo y el demandado fundamenta su defensa en otra clase de vínculo contractual como el de prestación de servicios, estos acuerdos formales por sí mismos no son indicativos de una relación autónoma o independiente, en virtud del principio de la primacía de la realidad que rige en materia laboral. De modo que en este tipo de controversias es necesario desvirtuar la conclusión del Juez Plural respecto a la presunción legal de subordinación que operó en favor del actor en virtud de lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y acreditar que en la realidad el vínculo que unió a las partes se desarrolló de manera autónoma o independiente…"*

Al respecto, se tiene que en el presente asunto absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien manifestó que prestó sus servicios personales a través de contratos de prestación de servicios, liquidando la nómina de pensionados, en la seccional Cundinamarca; que, debía allegar el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social, para recibir el pago de sus honorarios; que, el señor Jairo Franco, era el interventor de sus contratos y quien le impartió órdenes e indicaciones respecto al desarrollo de sus labores; que, no podía tener otros trabajos, porque debía cumplir un horario de 8:00 a.m. a 5:00 pm.; que, para el año 2012, se escuchaban en la entidad rumores de liquidación del ISS, pero nunca les comunicaron nada de manera formal.

Afirmaciones que corroboró la testigo HEIDI BLANCO compañera de trabajo de la demandante, quienes coincidieron en afirmar que laboró para el ISS,

durante los años 2011 y 2012, a través de contratos de prestación de servicios, siempre liquidando las distintas prestaciones que solicitaban los afiliados; que, cumplían un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes en jornada continua, pero también debían asistir los sábados, de lo hacerlo recibían llamados de atención; que, el señor JAIRO FRANCO, era su jefe inmediato y supervisor de los contratos, él les repartía el trabajo y a él debían entregarle las carpetas con las liquidaciones efectuadas; que, todos los elementos de trabajo de la actora, eran de propiedad del ISS; y que, para finales del año 2012, les informaron que no habría más trabajo por el cierre del Instituto.

Aunado a lo anterior, fueron aportadas documentales contentivas de memorandos y circulares, certificaciones laborales, programación de turnos, obrantes de folios 25 a 49, donde se verifican las instrucciones impartidas por el ISS, respecto del cumplimiento de horario, turnos de navidad y año nuevo, que en suma denotan la ausencia de autonomía en el ejercicio de la labor realizada por la demandante.

De otro lado, los objetos de los contratos de prestación de servicios, a más de precisar el tiempo durante el cual la demandante, prestó sus servicios bajo tal denominación, dan cuenta de las labores ejecutadas por ella en el Departamento de Pensiones Seccional Cundinamarca (fls. 25-27).

Lo anterior, permite a la Sala concluir, que la demandante, estuvo sujeta en la prestación de su servicio como contratista, al cumplimiento de horario y de órdenes, éstas últimas que en momento alguno pueden confundirse con meras instrucciones, por la sencilla razón de que la independencia inherente a los contratos de prestación de servicios cede ante la habitualidad y las funciones propias por el desempeñadas.

Adicionalmente, la contratación de la demandante no tuvo por objeto cubrir necesidades temporales del Seguro, ya que aun cuando los contratos de prestación de servicios citados fueron celebrados a plazo determinado, lo cierto es, que su labor fue habitual sin que se haya presentado interrupción entre uno y otro, y en todo caso también era ejecutada por personal perteneciente a la planta de personal de la entidad, lo cual descarta la necesidad de la contratación temporal.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar que, en desarrollo de dichos contratos, se presentó el elemento subordinación como se expresó en precedencia, el que aunado a la prestación personal del servicio y a la remuneración por el mismo, hacen que en realidad se pueda tener a la señora LUZ AIDA CANO SUÁREZ, como trabajadora dependiente del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, desde el 16 de septiembre de 2011 y hasta el 30 de noviembre de 2012.

En consideración a que, con la declaración de la existencia del contrato de trabajo entre las partes, se condenó al demandado, al pago de acreencias laborales legales, a los que consideró la Juez de Primera Instancia, tenía derecho la demandante, como trabajadora oficial, en esta instancia se revisarán las mismas, en virtud del recurso de apelación presentado por las partes y en el grado jurisdiccional de consulta.

DE LOS REAJUSTES SALARIALES

Solicita la demandante, el reajuste del salario, teniendo en cuenta lo devengando por un profesional universitario, grado 27, vinculado al ISS, como trabajador de planta, quien cumplía las mismas funciones que ella desempeñaba.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, para que un trabajador oficial pretenda devengar el salario que otro esté devengando, es necesario que demuestre que dependían de una misma empresa, en una misma región económica, que tenían trabajos equivalentes, la misma capacidad profesional o técnica, la misma antigüedad, experiencia y rendimiento.

En el presente caso, no se determinó frente a qué par, en sus mismas condiciones, surgía esta igualdad salarial, que permitiera equiparar su salario por laborar en el mismo cargo, ni tampoco la asignación mensual de quien en igual cargo que ella, devengara uno superior, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada, en este sentido.

DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO A LA DEMANDANTE

Consta en el expediente el acuerdo convencional suscrito entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y EL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL con el respectivo sello de depósito (fls. 136-171), que expresamente dispone quienes se pueden beneficiar de las prerrogativas allí contenidas, como se establece en el artículo 3, en el cual se específica que son beneficiarios los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, afiliados a dicha organización, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de misma.

Tal concepción, contrario a lo manifestado por el Juez de Primera Instancia, permite concluir, que, si la demandante, no renunció expresamente a los beneficios convencionales pueda invocarlos en esta oportunidad; razón por la cual, considera la Sala, que resulta procedente el estudio de los derechos convencionales reclamados, en aras de determinar, si es beneficiaria o no

de los mismos; y no, en virtud de lo señalado en el Código Sustantivo del Trabajo, como lo estudio el a-quo.

DE LAS VACACIONES

Respecto a las vacaciones, el artículo 48 de la Convención Colectiva de Trabajo señala que:

> "*El Instituto reconocerá y pagará sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:*
>
> *Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.*
>
> *A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.*
>
> *A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) día hábiles".*

Por consiguiente, de acuerdo con la norma convencional antes citada, teniendo en cuenta que la demandante, laboró para el ISS, por un tiempo inferior a cinco (5) años, se hace acreedora a disfrutar 15 días de vacaciones por cada año de servicio y en forma proporcional, por lo tanto, como la actora, no tuvo derecho al reconocimiento, ni disfrutó el goce de vacaciones, se condenará a la accionada, al pago de este derecho convencional, por cada una de las anualidades laboradas; no obstante, teniendo en cuenta, que en Primera Instancia, se declaró probada la excepción de prescripción, respecto de los derechos causados con anterioridad al 5 de febrero de 2012; efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, corresponde a favor de la trabajadora, por este concepto, la suma de $757.409; razón por la cual se modificará el ordinal cuarto de la sentencia apelada, en este sentido.

De otro lado, vale la pena aclarar que el término de prescripción de 4 años, previsto en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978, no aplica a los trabajadores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como se expuso entre otras en la sentencia CSJ SL 5830 de 1993, reiterada en la SL14234 de 2000.

DE LA PRIMA DE NAVIDAD

Dispuesta en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, equivale a un mes de sueldo a 30 de noviembre de cada año y se paga en la primera quincena del mes de diciembre, si el trabajador no ha laborado el año completo tiene derecho a una doceava parte por cada mes completo de servicios que se liquida con base en el último salario. Así, dado que la misma se otorga siempre y cuando en las Convenciones Colectivas de Trabajo no exista un

derecho en similares condiciones, como quiera que en el presente asunto la que se asimila es la prima de servicios prevista en el artículo 50 de la CCT, también solicitada por la parte actora, no hay lugar a fulminar condena por este concepto.

DE LA PRIMA DE VACACIONES

En lo atinente a prima de vacaciones, se encuentra regulada en la Convención Colectiva de Trabajo, en el literal a) del artículo 49 literal que enseña que: *"A quienes tengan cinco (5) años de servicio, veinte (20) días de salario básico"*. Indica lo anterior, de acuerdo al tiempo de servicios prestado por la actora, que lo fue entre el 16 de septiembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2013, esto es 1 año, 2 meses y 14 días, que no hay lugar a esta prima, por lo que acudirá la Sala, a la reglamentación legal conforme al artículo 25 del Decreto Ley 1045 de 1978, según la cual esta prestación es *"equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicio"*. Por lo que liquidada proporcionalmente al tiempo laborado se obtiene la suma de $757.409.

DE LA PRIMA DE SERVICIOS CONVENCIONAL

En lo atinente a la prima de servicio, el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo señala que: "*En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a 15 días del mes de junio y 15 días de salario en los primeros 15 días del mes de diciembre",* de acuerdo con lo anterior, al haberse declarado a la actora como trabajadora oficial y beneficiaria de la Convención Colectiva en mención, sin que durante la vigencia del vínculo contractual con ISS, se le haya reconocido este derecho, le corresponde a su favor, por concepto de prima de servicios convencional desde el 05 de febrero de 2012, teniendo en cuenta la fecha de prescripción, y hasta el 30 de noviembre de 2012, la suma de $1.519.935.

DE LAS CESANTÍAS

Esta prestación se liquida conforme con los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 6 del Decreto 1160 de 1947, 13 de la Ley 344 de 1996 y el 17, literal a) de la Ley 6 de 1945; el salario base para liquidarlo, tanto en el año 2011, como en el 2012, es la suma de $1.842.345; efectuadas las respectivas operaciones por este concepto se obtiene la suma de $2.395.191, a la cual será condenado el demandado; no se liquida conforme el artículo 62 de la CCT, en tanto no se dan los presupuestos allí contenidos, pues, sólo refiere la forma de liquidación de dicho auxilio para los años 2001 y 2002.

DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS

En cuanto a los intereses a la cesantía, no existe norma legal que los reconozca para los trabajadores oficiales del ISS, pues el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el 3 de la Ley 41 de 1975, los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro; y solo conforme al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, procede para trabajadores del sector privado. De tal suerte, como en el presente asunto fue un derecho que se pactó convencionalmente se liquidará conforme artículo 62 de la CCT, que enseña que se pagará un 12% anual sobre el monto de las cesantías causadas a 31 de diciembre. Bajo ese entendido y realizada las operaciones aritméticas, por la proporción del año 2012 no prescrita corresponde la suma de $160.267.

DE LA PRIMA TÉCNICA

De acuerdo con el artículo 41a) se reglamenta la prima técnica para profesionales no médicos equivalente al 10% de la asignación básica para los cargos de profesionales generales y 12% para los especialistas que se pagará mensualmente y no constituye salario. La misma genera una reglamentación que obra a folio 55 del plenario según resolución 073 del 9 de enero de 2002 en la que se refiere a sus beneficiarios pertenecientes al nivel profesional no médico, ubicados en la planta de personal adoptada por el Acuerdo 64 de 1994 discriminando de manera particular a los odontólogos y profesional asistencial de apoyo I a III enfermero y licenciado en educación (salud), es decir que esta prima es de consagración especial para personal que laborando en el campo de la salud no tiene la profesión de médico, situación que no es la de la parte actora pues se desempeñó según lo informado como administradora de empresas, liquidando prestaciones de pensionados, que ninguna relación tiene con el campo de aplicación de este beneficio.

DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Solicita la demandada, que se absuelva del pago de la indemnización por despido sin justa causa, comoquiera que, la actora, era conocedora del proceso de liquidación en el que se encontraba el ISS.

Son reiterados los pronunciamientos de la Jurisprudencia y la doctrina, respecto a que el trabajador, debe demostrar el hecho del despido mientras que, a la demandada, le corresponde demostrar los hechos constitutivos de justa causa del mismo.

Al respecto se advierte que, en el presente caso, si bien la parte actora, alega que el 30 de noviembre de 2012, el ISS terminó por decisión unilateral, la relación laboral, fecha que coincide con la de terminación del último

contrato celebrado entre las partes (fl.27); lo cierto es que, esta circunstancia no se encuentra probada en el plenario, pues, no se aportó prueba alguna de la cual se puede determinar que fue decisión del ISS, finiquitar la relación contractual que los ató, en esa fecha. De ahí que, al no acreditarse el despido alegado, habrá de revocarse el literal e) del ordinal cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver al PAR ISS LIQUIDADO de dicha pretensión.

REEMBOLSO DEL VALOR PAGADO POR LA DEMANDANTE DE SU PATRIMONIO POR APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Solicita la demandada, que se revoque la condena impuesta, por devolución de los aportes al Sistema de Seguridad Social, efectuados por la actora, ya que, como contratista, estaba en la obligación de cotizar de una manera distinta a la de los trabajadores dependientes.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado, en reciente sentencia de unificación 1317-2016, del 9 de septiembre de 2021, señaló que:

> *"235. La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.*
>
> *236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».*
>
> *237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.*
>
> *238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario…"*

Así las cosas, independientemente de la declaración de existencia de trabajo realidad, efectivamente, como señala la parte demandada, la actora como contratista, estaba en la obligación de cubrir el pago de tales aportes; y, dada la naturaleza parafiscal de dichos recursos, éstos tienen una destinación específica, que impide su devolución, pues, no solo están destinados a cubrir las prestaciones asistenciales y económicas de quien los cancela, sino también a garantizar este servicio a la población más pobre y vulnerable del país, por lo tanto, no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la Seguridad Social. En ese orden de ideas, se revocará el literal g) del ordinal cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada, de la devolución de los aportes efectuados al Sistema de Seguridad Social.

INDEMNIZACION MORATORIA

El Decreto 797 de 1949 en el inciso 3 del artículo 1 señala un plazo de 90 días para poner a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden. Dispone la norma anterior que además del no pago de las prestaciones y salarios, esta también se causa por no cubrir las indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, y el castigo que genera es la vigencia del contrato en los términos de la Ley. Presumiéndose según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la mala fe patronal, cuando se incumple este deber, pues, es su obligación cancelar las indemnizaciones y prestaciones que adeuda al trabajador 90 días después de la terminación del contrato, su actitud es equiparable a la del deudor moroso respecto de su trabajador.

En el plenario se extrae la mala fe de la parte accionada, en el no pago oportuno de salarios y prestaciones durante y a la terminación del vínculo que genera en su contra esta sanción, pues, no puede aparecer bajos los postulados y principios del derecho que un trabajador, laborando bajo las mismas condiciones de sus compañeros, se vea afectado por el no pago de prestaciones, apoyado en un vínculo jurídico que no representa un verdadero contrato de prestación de servicios como lo alega la parte accionada, mecanismo que utilizaba para demeritar las acreencias propias de una relación de trabajo subordinada siendo este un elemento de distracción que viola de manera flagrante los derecho mínimos y menoscaba como la dignidad y el derecho de igualdad, mal puede entonces la parte demandada, considerar que el Seguro Social se encontraba ante el inequívoco de estar bajo los parámetros regidos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuando esta clase de contratos se caracterizan por la independencia y autonomía técnica y administrativa del trabajador, circunstancias que no se evidencian en la labor desarrollada por la actora, quien estaba sujeta a las indicaciones de sus superiores jerárquicos, cumplía un horario, recibía llamados de atención e instrucciones que el mismo le impartiera.

Razones suficientes para confirmar la condena impuesta en este sentido, sin que sea procedente acceder a lo solicitado por la parte actora, de ordenar esta sanción de manera indefinida, sino hasta el 31 de marzo de 2015, fecha de liquidación definitiva de la Entidad, pues, como lo advierte la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL194-2019 y SL390-2019, a partir de la declaración del cierre de la liquidación y de la terminación de la existencia jurídica del Instituto de Seguros Sociales, no es posible imputar a dicha entidad una conducta, provista o desprovista de buena fe, pues, dejó de existir como sujeto de derechos y obligaciones.

DE LA INDEXACIÓN

No se accederá a este derecho, comoquiera que, se solicitó únicamente de forma subsidiaria en caso de no acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria (fls. 8 y 185).

DE LA RESPONSABILIDAD DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL EN EL PAGO DE LAS CONDENAS IMPUESTAS

Solicita el demandante, que se condene igualmente a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, al pago de las condenas impuestas en el presente asunto.

Al respecto, basta señalar lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias STL7482 de 2020, donde indicó que:

> *"durante el proceso de liquidación del Instituto de Seguros Sociales, su liquidador suscribió contrato de fiducia mercantil con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., en virtud del cual constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en liquidación, destinado a «Efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del ISS en el momento en que se hagan exigibles».*
>
> *Sin embargo, el proceso de liquidación de la mencionada entidad finalizó el 31 de marzo de 2015, a través del Decreto 0553 del 27 de marzo del mismo año.*
>
> *De suerte que, con posterioridad a la extinción definitiva de la persona jurídica del ISS, surgida con ocasión del último decreto mencionado, el Consejo de Estado, al interior de la acción de cumplimiento número 76001233300020150108901, le ordenó al Gobierno Nacional que «dis[pusiera] sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de [la] sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema».*

En atención a dicha orden, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 541 de 2016, modificado posteriormente por el Decreto 1051 del mismo año, en el que dispuso:

(…) ARTÍCULO 1o. DE LA COMPETENCIA PARA EL PAGO DE LAS SENTENCIAS DERIVADAS DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRACONTRACTUALES. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 1051 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado.

ARTÍCULO 2o. RECURSOS PARA EL PAGO DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS. Las sentencias condenatorias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales que sean susceptibles de pago en los términos del presente decreto, se honrarán con cargo a los activos transferidos por el Liquidador al momento de suscribir el Contrato de Fiducia Mercantil número 015 de 2015, por medio del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, en el que la posición de Fideicomitente fue cedida al Ministerio de Salud y Protección Social, y cuya vocera y administradora es Fiduagraria S.A., o en su defecto por la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social (…).

Ahora, si el patrimonio en comento no cuenta con disponibilidad para el pago, el beneficiario deberá hacerlo efectivo frente al Presupuesto General de la Nación en los términos del artículo 3.º del Decreto 652 de 2014, en lugar de realizarlo a través de una acción ejecutiva"

Así las cosas, en virtud de las reglas establecidas el Decreto 541 de 2016, modificado por el Decreto 1051 de 2016, las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del ISS, son competencia del Ministerio de Salud y Protección Social; sin embargo, ese pago lo podrá efectuar i) directamente o ii) a través del PAR. Por lo tanto, las obligaciones en contra del Instituto de Seguros Sociales, en general, quedaron sometidas al proceso de supresión y liquidación, regido por el principio de universalidad de acreedores, es decir, que fueron inventariadas, determinadas, reconocidas, admitidas y graduadas o clasificadas, y quedaron garantizadas con la masa de bienes y recursos de la extinta entidad.

En ese orden de ideas, se adicionará el ordinal séptimo a la sentencia apelada, advirtiendo que el responsable del pago de los derechos laborales reconocidos a la demandante es el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO y sólo en caso de que éste no cuente con disponibilidad económica para ello, la actora podrá cobrar tales acreencias a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.

En los anteriores términos, quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Sin costas en esta Instancia, al resultar parcialmente favorable a las partes los recursos de apelación interpuestos. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada, proferida el 06 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO** administrado por **FIDUAGRARIA S.A.**, a pagar a la demandante **LUZ AIDA CANO SUÁREZ**, las siguientes sumas:

a) $757.409 por concepto de vacaciones.
b) $757.409 por concepto de prima de vacaciones.
c) $1.519.935 por prima extralegal de servicios.
d) $2.395.191 por cesantías.
e) $160.267 por intereses a las cesantías.

SEGUNDO: REVOCAR los literales e) y g) del ordinal cuarto de la sentencia apelada, proferida el 06 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL SEGURO SOCIAL HOY LIQUIDADO administrado por la FIDUAGRIA S.A., de la indemnización por despido sin justa causa y el pago de los aportes a la Seguridad Social, efectuados por la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ADICIONAL el ordinal séptimo la sentencia apelada, proferida el 06 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, y **ADVERTIR** que el responsable del pago de los derechos laborales reconocidos a la demandante es el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO y sólo en caso de que éste no cuente con disponibilidad económica para ello, la actora podrá cobrar tales acreencias a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310202018005 13-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de Trabajo – Liquidación de prestaciones sociales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la curadora ad litem de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **WILFREN VAQUERO MENDOZA** en contra de **ESCORT SECURITY SERVICES LTDA.**

ANTECEDENTES

WILFREN VAQUERO MENDOZA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ESCORT SECURITY SERVICES LTDA, para que, se declare la existencia contrato de trabajo entre las partes, a término indefinido sin solución de continuidad del 1 de junio de 2016 al 2 de julio de 2017, el cual fue terminado sin mediar justa causa por la encartada; y, en consecuencia, que se condene a la demandada, al reconocimiento y pago del auxilio a cesantías causadas por el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2016 al 31 de diciembre de 2016 por valor de $770.162, intereses sobre las cesantías causadas en el año 2016 correspondiente a $53.911, la sanción de que trata el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 por el no pago de los intereses a las cesantías por la suma de $53.911, pago del auxilio a cesantías causadas por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2017 al 02 de julio de 2017 por valor de $663.806, intereses sobre las cesantías causadas en el año 2017 correspondiente a $40.049, la prima anual de servicios correspondiente al periodo laborado entre el 1 y 2 de julio de 2017 cifra estimada en $7.334, el reconocimiento y pago de la compensación en dinero por el no disfrute en tiempo de las vacaciones durante todo el tiempo laborado por valor de $716.984, la sanción de trata el numeral 3 del artículo

99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación a un fondo de cesantías correspondientes al año 2016 por valor de $23.765.022 calculada hasta agosto 15 de 2018 y hasta la fecha en que se verifique su pago, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indexación de las sumas reconocidas, los demás derechos que resulten probados en extra y ultra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, entre las partes existió un vínculo laboral mediante un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 1 de junio de 2016 y hasta el 2 de julio de 2017, que, la labor para la cual fue contratado era vigilante, con un salario promedio mensual de $1.320.279. Refirió que no se realizó la consignación del auxilio de cesantías correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de junio de 2016 y el 31 de diciembre de 2016 en una Administradora, ni tampoco se le cancelaron sus intereses; que, la demandada finalizó su contrato de trabajo, sin que mediara justa causa; que, el 6 de julio de 2017, firmó la liquidación definitiva de prestaciones sociales, sin que a la presentación de la demanda le hubiesen cancelado las sumas allí plasmadas, pese a que en varias ocasiones se acercó a las instalaciones de la Compañía accionada y realizó llamadas telefónicas, reclamando su pago; que, presentó derecho de petición ante la demandada el 30 de julio de 2018 solicitando el pago de la liquidación sin que a la fecha la accionada le diera contestación (fls. 3-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **ESCORT SECURITY SERVICES LTDA**, compareció al proceso a través de curador ad litem, en cuanto a las pretensiones, manifestó atenerse a lo probado dentro del trámite procesal, dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda y propuso la excepción de prescripción (fls. 46-49).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de diciembre de 2019, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo, entre el demandante y la demandada, vigente entre el 1 de junio de 2016 y el 2 de julio de 2017; condenó a la demandada al pago de $1.437.637 por auxilio de cesantías, $187.851 por intereses de las cesantías; $1.437.637 por primas de servicio, $673.553 como compensación a las vacaciones, $6.073.272 como sanción por la no consignación oportuna de las cesantías en un Fondo administrador; condenó a la demandada, al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST a razón de $44.009 diarios hasta por 24 meses contados a partir del 2 de julio de 2017 y desde el mes

25 deberá pagar los intereses corrientes a la tasa máxima; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones y le impuso condena en costas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, dentro del proceso se logró acreditar la existencia del vínculo laboral y sus extremos temporales en atención a las documentales allegadas, entre las que destacó, certificado laboral expedido por la demandada, en el que informó que el actor trabajó en favor de la Sociedad a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de junio de 2016, como vigilante, percibiendo una asignación salarial equivalente a un salario mínimo, más subsidio de transportes y recargos de ley, así como la copia de liquidación de prestaciones sociales practicada al demandante, en la cual se evidencia que laboró hasta el 2 de julio de 2017.

En lo referente al pago de las prestaciones sociales, indicó que no fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que el vínculo laboral culminó el 2 de julio de 2017 presentando reclamación el 30 de julio de 2018 e interponiendo la demanda en calenda del 23 de agosto de 2018. Por lo que procedió a efectuar las operaciones aritméticas de rigor teniendo en cuenta el salario acreditado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la curadora ad litem de la demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que el Juez de Primer Grado, al realizar las operaciones aritméticas no tuvo en cuenta que para el caso de la prima de servicios no se solicitó el pago total, es decir desde 1 de junio de 2016 hasta el 2 de julio de 2017, ya que tal pretensión se elevó por los días 1 y 2 del año 2017; que, para estimar las condenas proferidas se tuvo en cuenta un salario que ascendió a la suma de $1.320.279, pero dentro del expediente no se encuentra acreditado que éste hubiese sido el devengado por el actor para el año 2016, por lo que tomando la liquidación practicada al demandante, lo que señala es que dicha suma se aplicaría solo para el año 2017 y no para el 2016 en que se debió tener el SMLMV para ese año y todas las condenas liquidadas con este valor.

Respecto a las sanciones impuestas indicó que el a-quo, tuvo en cuenta para su liquidación el auxilio de transportes, lo cual no es procedente; además que, para la liquidación de la sanción por la no consignación de cesantías se debió tener en cuenta el SMLMV para el año 2016; y que, no se logró acreditar la mala fe del empleador, de allí que se deba revocar la indemnización moratoria impuesta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar si resulta acertada o no la decisión del Juez de Primera Instancia, que declaró la existencia del vínculo laboral entre las partes, con especial énfasis en la revisión de la liquidación de prestaciones sociales efectuada y la procedencia de la indemnización moratoria impuesta a la demandada.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Sea lo primero señalar que, la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y la modalidad contractual que ató a las partes, al no ser objeto de reparos por la apelante, serán excluidos del debate.

Ahora, y comoquiera que, son numerosos los yerros enrostrados por la recurrente en contra de la sentencia bajo estudio, procede esta Sala, y por fines metodológicos a realizar el análisis de cada uno de ellos de la siguiente manera:

Aduce la apoderada de la demandada, que incurrió el *a quo* en error al condenar a la encartada al pago de la prima de servicios, pues, no se solicitó el pago total de esta prestación teniendo como fechas para su liquidación el 1 de junio de 2016 hasta el 2 de julio de 2017.

Así las cosas, teniendo en cuenta el contenido literal de la pretensión sexta de la demanda, se tiene que el demandante solicitó:

> *«Se condene a la sociedad ESCORT SECURITY SERVICES LTDA., al reconocimiento y pago a favor del demandante de la PRIMA ANUAL DE SERVICIOS correspondiente al periodo laborado entre el 1 y 2 de julio de 2017, cifra que estimo provisionalmente en SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS ($7.334) M/CTE»*

Traído a colación el contenido del pedimento, es claro que, si bien es cierto le asiste razón a la recurrente, en el sentido que la literalidad de la pretensión, puede llevar a inferir que para la práctica de la liquidación de este concepto, solo se deben tener en cuenta dos días, no es menos cierto

que atender a tal interpretación seria desconocer los derechos del ex trabajador, y es en situaciones como esta en donde cobra vital importancia el rol del Juez, no solo como director del proceso, sino como intérprete de la demanda, entendiendo a la misma como un conjunto, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, dicho análisis debe realizarse de manera armónica con lo pretendido, los extremos fácticos que rodean la *causa petendi* y los razonamientos jurídicos, de tal forma que, además de aferrarse a la literalidad de los términos expuestos, esclarezca el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, sin que esto afecte los ejes principales de la misma demanda[1].

Bajo tal premisa, es claro que el fin último perseguido en esta pretensión es la de obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios adeudadas, forzoso resulta el definir la naturaleza del emolumento, la cual está definida en el artículo 306 del CST, que al respecto señala:

> *«El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado.*
>
> *PARÁGRAFO. Se incluye en esta prestación económica a los trabajadores del servicio doméstico, choferes de servicio familiar, trabajadores por días o trabajadores de fincas y en general, a los trabajadores contemplados en el Título III del presente código o quienes cumplan con las condiciones de empleado dependiente.»*

De la norma anterior, no resulta ilógico el razonamiento empleado por el Juez de Primera Instancia, en el sentido que hubiese tenido en cuenta para la liquidación de la prestación la totalidad del tiempo laborado por el demandante, de allí que no sea de recibo el argumento esgrimido por la recurrente, razón por la cual se confirmará la sentencia en este aspecto.

DE LAS CONDENAS IMPUESTAS A LA DEMANDADA

Indica la recurrente, que el a-quo, al momento de realizar las operaciones aritméticas de rigor tuvo en cuenta como salario la suma de $1.320.279, pero dentro del expediente no se encuentra acreditado que éste hubiese sido el devengado por el actor, para el año 2016, por lo que tomando la liquidación practicada al demandante, lo que señala es que dicha suma se aplicaría solo para el año 2017 y no para el 2016 en que se debió tener el SMLMV, argumento que no puede de ser de recibo para la Sala, teniendo en cuenta la liquidación efectuada por el empleador y que obra folio 12 del

[1] **Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 25000233600020150252901 (57380), Ago. 19/16**

plenario donde se informó entre otros aspectos los extremos temporales del vínculo laboral, esto es, del 01 de junio de 2016 al 02 de julio de 2017, así como el salario devengado por el trabajador, durante este tiempo de $1.320.279, del cual $1.237.139 corresponde al salario base de liquidación y $83.140 corresponde al subsidio de transportes percibido.

Al respecto, el artículo 7 de la Ley 1 de 1963, señala *"Considerase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios"*, pero no porque constituya salario sino porque la ley que creó el auxilio de transporte creó también esa excepción legal. Situación muy distinta frente a la liquidación de las vacaciones y es apenas lógico porque durante las vacaciones el trabajador, no debe incurrir en gastos de transporte que el empleador deba reembolsas por medio de esta figura.

En lo atinente al cálculo de las indemnizaciones deprecadas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 26556 del 17 de julio de 2006, señaló:

> *"No encuentra la Corte una equivocación ostensible del Tribunal si no incluyó la suma correspondiente a transporte para determinar el salario de liquidación de la sanción moratoria, pues es razonable que, al no especificarse a qué concepto con exactitud correspondía el concepto "TRANSP"., allí consignado, entendiera que esa suma podría ser constitutiva del auxilio de transporte que, pese a que debe colacionarse para liquidar prestaciones sociales, no tiene naturaleza salarial, de tal manera que no debe incluirse en los cálculos para determinar el salario que sirve de parámetro para fijar el monto de una indemnización moratoria."*

Corolario de lo anterior, las diferentes indemnizaciones que pueden derivarse del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo por parte del empleador, tienen como común denominador el salario, es decir, los pagos que son de naturaleza salarial.

Por lo que aclarado esto, procede la Sala a realizar las operaciones de rigor, a fin de determinar el valor de las prestaciones, teniendo que:

Salario	$ 1.320.279
Salario sin Aux.	$ 1.237.139
Fecha de ingreso	1/06/2016
Fecha de terminación	2/07/2017
Total tiempo laborado	1 año - 1 mes -2 días
Total de días	392

Prima de Servicios	$	1.378.958,07
Vacaciones	$	673.553,46
Auxilio de Cesantías	$	1.378.958,07
Intereses a las cesantías	$	159.059,39

Sanción por no consignación delas cesantías		
Fecha	Salario	Valor de la mora
De 15/02/2017 al 2/07/2017	$ 1.237.139	$ 5.649.601

De las operaciones realizadas, encontramos que efectivamente le asiste razón a la recurrente, ya que los valores arrojados en esta nueva liquidación son inferiores a los de la sentencia recurrida, de allí que se modificará el numeral segundo de la sentencia apelada en este aspecto.

DE LA SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST Y LA MALA FE DEL EMPLEADOR

Respecto a la aplicación del artículo 65 del CST, por pacífica y reiterada jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que para su imposición es necesario analizar la conducta del deudor con el fin de determinar si las razones del incumplimiento estuvieron mediadas por razones atendibles que permitan inferir el convencimiento serio y sincero de no adeudar valor alguno al trabajador (CSJ SL, 1.º feb. 2011, rad. 30437, CSJ SL, 24 abr. 12, rad. 39600, CSJ SL14426-2014 y CSJ SL5291-2018).

En el anterior contexto, y en atención al significado de la expresión buena fe *(bona fides)* indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad. Tratase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente[2]. Así las cosas, es claro que es procedente la imposición de la condena por este concepto, pues dentro del plenario no existe razones o argumentos que permitan inferir que la hoy demandada estuviese amparada en algún tipo de eximente, muy por el contrario la sociedad no compareció al proceso y de las documentales que obran dentro del plenario se puede establecer que realizó una liquidación al trabajador lo que de suyo indica que era consciente de sus obligaciones como empleador, pero no las canceló, lo que permite concluir la inexistencia de una buena fe.

[2] Sentencia SC de 23 de junio de 1958, GJ LXXXVIII pág. 222

Por lo que, frente al cálculo de la condena, la Sala solo modificará en el numeral tercero de la sentencia apelada, la suma correspondiente al salario diario la cual se estipulará en $41.238, los cuales resulta de la división de $1.237.139 entre 30 días.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

Sin costas en esta Instancia, por resultar parcialmente favorable la alzada a la recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada, proferida el 03 de diciembre de 2018, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, condenar a la demandada **ESCORT SECURITY SERVICES LTDA**, a pagar a favor de **WILFREN VAQUERO MENDOZA**, las siguientes sumas y conceptos:

a) $ 1.378.958,07 por prima de Servicios.
b) $ 673.553,46 por vacaciones.
c) $ 1.378.958,07 por Auxilio de Cesantías
d) $ 159.059,39 por intereses a las cesantías
e) $ 5.649.601por concepto de sanción por no consignación a de las cesantías en un Fondo Administrador.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia apelada, proferida el 03 de diciembre de 2018, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, condenar a la demandada **ESCORT SECURITY SERVICES LTDA**, a pagar a favor de **WILFREN VAQUERO MENDOZA**, la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, a razón de $41.238 diarios, a partir del 2 de julio de 2017 y hasta por 24 meses y desde el mes 25 deberá pagar los intereses corrientes a la tasa máxima, en los términos dispuestos en el artículo 65 del CST.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502020190052201

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Duración del Contrato de Trabajo – Beneficios Convencionales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **NELLY JAZMÍN MOLINA BERNAL** en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

ANTECEDENTES

NELLY JAZMÍN MOLINA BERNAL promovió demanda ordinaria laboral contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., para que, se declare que en los artículo 57 y 58 de la Convención Colectiva de trabajo celebrada el 24 de noviembre de 2015, entre la EAAB S.A. E.S.P y SINTRAEMSDES, se pactó que los contratos de trabajo de quienes estaban vinculados a la demandada, a la firma de dicha Convención, son a término indefinido; que, se declare que, ella se encuentra afiliada a SINTRAEMSDES y es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 24 de noviembre de 2015; que, se ordene a la demandada, dentro de los 5 días o dentro del término que señale la sentencia, a insertar en su contrato de trabajo, la estipulación de que el mismo es a término indefinido; que, se condene a la demandada a reconocer y pagar todos y cada uno de los beneficios convencionales pactados, a que tiene derecho, causados desde la fecha de vinculación, incluyendo su reintegro en el evento de terminación del contrato de trabajo y/o el pago de la indemnización por despido sin justa causa; que, se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuyos servidores son trabajadores oficiales; que, los trabajadores de la EAAB S.A. E.S.P., crearon el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia SINTRAEMSDES, la cual fue debidamente inscrita y registrada ante el Ministerio de Trabajo y Protección Social.

Indicó que, la Empresa demandada y SINTRAEMSDES, el 24 de noviembre de 2015, celebraron Convención Colectiva de trabajo, la cual fue debidamente depositada; que, en el artículo 57 de la mencionada Convención, se pactó garantizar la estabilidad de los trabajadores, razón por la cual, los contratos de trabajo de quienes a esa fecha estaban vinculados, serían a término indefinido; además, que, en el artículo 58, se estipularon los casos en los que la EAAB S.A. E.S.P., podría contratar trabajadores a término fijo.

Refirió que, ella se vinculó a la demandada, el 01 de julio de 2013, mediante contrato de trabajo a término fijo, como profesional nivel 22, cargo que subsiste en la planta de personal, así como las causas que le dieron origen; que, el contrato de trabajo se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015; que, el 02 de diciembre de 2015, celebró con la EAAB S.A. E.S.P., un nuevo contrato de trabajo, también a término fijo, que se ha venido prorrogando hasta la presentación de la demanda; que, entre el 2016 y 2019, adicionalmente se han suscrito varios otrosí al contrato trabajo, siempre desempeñando el mismo cargo y nivel.

Manifestó que, ha obtenido calificaciones sobresalientes en su desempeño laboral, su trabajo no es ocasional o transitorio, tampoco ha desempeñado sus funciones en reemplazo de otro compañero que se encuentre en vacaciones o licencia; que, se encuentra afiliada a SINTRAEMSDES, por lo que, es beneficiaria de la Convención Colectiva, sin que pueda aplicársele el régimen de transición previsto en la misma, ya que éste fue consagrado para el ingreso de trabajadores con posterioridad a su firma.

Que, el 10 de mayo de 2019, agotó la reclamación administrativa, sin obtener una respuesta favorable a sus peticiones (fls. 4-17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., mediante escrito a folios 118 a 139, dio contestación en término a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos, salvo lo relacionado con la vinculación de la trabajadora, mediante contrato a término fijo, aclarando que, efectivamente en el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo, se estableció que esa Empresa,

vincularía a todos sus trabajadores oficiales, mediante contrato a término indefinido, pero, previo concurso de méritos con los criterios de escalafón. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de febrero de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ S.A E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad la decisión de Primera Instancia, para en su lugar acceder a todas las pretensiones de la demanda, pues, pese a la celeridad del a-quo, por resolver de fondo el asunto, no hizo la más mínima consideración de los alegatos expuestos; que, existe una equivocación grave en la valoración de los argumentos presentados en la contestación de la demanda, donde la demandada, sólo hizo alusión a los artículos 42 y 53 de la Convención Colectiva, sin embargo, el Juez de Primer Grado, interpretó, sin ser lo pedido, otras cláusulas de la Convención; que, la sentencia no cumplió el principio rector de la favorabilidad para beneficiar a la trabajadora y no a la pasiva; reiteró lo estipulado en los artículos 1 y 7 de la Convención Colectiva de Trabajo, respecto a la ineficacia de las cláusulas contrarias a los derechos del trabajador; que, no se discutió por la EAAB, en su contestación, nada acerca del régimen de transición, sin embargo, el a-quo, hizo un estudio al respecto; que, el concurso de méritos, es para llenar vacantes, no para llenar el cargo que ya ocupa la trabajadora, desde hace 6 años, de forma continua e ininterrumpida; que, se hizo una valoración parcial de las pruebas y de la Convención Colectiva, haciendo una prevé mención del artículo 57, sin tener en cuenta lo estipulado en el inciso segundo, respecto a los contratos de trabajo de quienes a la fecha de suscripción se encontraban vinculados, determinando que sería a término indefinido; que, tampoco se valoró el artículo 58, donde se señalan las únicas causales para contratar a término fijo; que, tampoco se le dio aplicación al Acuerdo 24 de 2015, donde se dispuso que los contratos de los trabajadores de la EAAB serán a término indefinido, sin hablar de ningún concurso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte demandante, reiteró su solicitud para que se revoque en su totalidad la decisión de Primera Instancia y se acceda

a todas y cada una de las súplicas de la demanda, esto por cuanto las cláusulas convencionales 57 y 58, no admiten interpretación alguna, siendo claras en señalar que los contratos de los trabajadores, que estuvieren vinculados a la firma de dicha Convención, como lo estaba la demandante, su contrato es a término indefinido, sin necesidad de participar en concurso alguno, además que le estaba vedado a la empresa demandada, contratar trabajadores a término fijo, que no obedecieran a las situaciones, precisas y concretas a que hace alusión el artículo 58 de la Convención, la norma posterior debe primar sobre la anterior; además que, el a-quo, se pronunció respecto a aspectos que no fueron objeto del debate como el régimen de transición, hizo una indebida valoración probatoria en favor de la parte accionada dejó de valorar en su totalidad de forma integral la Convención Colectiva de Trabajo, desatendiendo que el plazo para abrir el concurso de méritos, lo era por el término de 15 meses y el éste sólo se inició en el año 2019 lo que, reiteró, evidencia la clara voluntad tanto de la demandada, como del Sindicato, para que se declarara los contratos de trabajo a término indefinido.

La parte demandada, señaló que la decisión de Primer Grado, debía ser confirmada, ya que, la Convención Colectiva de Trabajo es clara en indicar que se necesita aprobar de manera previa un concurso de méritos para optar por un contrato a término indefinido, por lo cual no puede pretender que, si no realizaba el mismo, se le debe nombrar a término indefinido, con lo cual busca romper el principio de igualdad constitucional, en su beneficio propio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala, deberá determinar si resulta ajustada o no la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, relacionadas con el cambio en la modalidad del contrato de trabajo, de término fijo a indefinido, según la interpretación que hace la parte actora, a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 2015, entre la EAAB S.A E.S.P. y SINTRAEMSDES.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue objeto de inconformidad en la alzada, y así quedó determinado, la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente hasta la presentación de la demanda; el cual se ejecuta a término fijo, como se advierte de la documental obrante de folios 20 a 31 del plenario. Tampoco se discutió la afiliación de la actora, al sindicato SINTRAEMSDES, según desprendible de nómina visible a folio 32, donde consta la deducción de la cuota sindical.

Pretende la parte actora, que se declare que su vinculación con la Empresa demandada, conforme a lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, suscrita entre la EAAB y SINTRAEMSDES, se rige por un contrato a término indefinido y no a término fijo como inicialmente fue pactado.

Al respecto, el artículo 57 de la mencionada Convención Colectiva de Trabajo, dispone:

> *"ARTÍCULO 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.*
>
> *Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que dieron origen y la materia del trabajo.*
>
> *Parágrafo 1: Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones sino las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días: cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley.*
>
> *El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.*
>
> *Parágrafo 2: La Empresa procurará la vinculación del personal transitorio al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de la Empresa (Artículo 78 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)"* (fl. 70)

El artículo 58 de la misma Convención, señaló:

> *"ARTÍCULO 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*
>
> *De manera excepcional la empresa podrá vincular a trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de este contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.*

> *Así mismo se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere de realizar.*
>
> *Parágrafo: lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.*
>
> *En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 70 – Convención Colectiva 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44y CCT 2008-2011 art. 64).* (fl. 70 reverso).

Conforme a lo anterior, resulta claro que, la vinculación del personal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., debe hacerse, por regla general, mediante contrato a término indefinido y, sólo de manera excepcional, podrá realizarse a término fijo o por duración de la obra o labor; sin que, expresamente se prohíba en la Convención Colectiva, la suscripción de contratos a término fijo, que la Empresa, podrá celebrar para cubrir, vacantes temporales.

Igualmente se extrae de las anteriores cláusulas convencionales, que, aunque la demandada, se compromete a vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos, fija como garantía para aquellos trabajadores, vinculados a la Empresa, a la suscripción de la Convención, que, su contrato de trabajo será a término indefinido, mientras subsistan las causas que dieron origen al mismo.

En el presente caso, la demandante, para la fecha de suscripción de la referida Convención Colectiva de Trabajo, esto es, el 24 de noviembre de 2015, se encontraba vinculada a la EAAB, mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 02 de enero de 2013 (fls. 20-21 y 148-149), se prorrogó, sin solución de continuidad, hasta el 30 de noviembre de 2015 (fls. 27, 31 y 154) y finalizó por vencimiento del plazo pactado, en esa misma fecha (fl. 31 y 155-156); prórrogas que obedecieron a la ampliación de *"la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativa de acueducto y de gestión social de la Empresa"* (fls. 23-27 y 150-154).

De otra parte, el 02 de diciembre de 2015, las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo a término fijo (fls. 31 y 157-158), el cual se ha venido prorrogando a través de otrosíes y se encontraba vigente a la presentación de esta acción.

Ahora, siendo la Convención Colectiva de Trabajo, un convenio donde se plasma la voluntad del empleador y sus trabajadores, representados por un Sindicato, respecto a las normas que regirán la relación laboral, su interpretación debe realizarse de forma integral y así extraer la voluntad plena de las partes, al celebrar dicho acuerdo; razón por la cual, contrario a

lo expuesto por la parte actora, también es necesario y pertinente, traer a colación lo fijado en los artículos 38, 39, 49, 50, 51 y 53 de dicho documento, según los cuales:

"CAPITULO V
ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAAB-ESO: La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TRESINTA Y NUEVE 3.539 cargos y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, e incumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB - ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para efectuar estos procesos; implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicia la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal oficial definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no implementado la innovación tecnológica dentro de los cinco (5) año siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado utilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder de quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición, por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a Término Indefinido, Término Fijo, Labor Contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores la que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán

llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP exceptuada del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la Empresa, y en consecuencia continuarán dando estricto cumplimiento al artículo 39 de CCTV (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL) …

ARTÍCULO 39. ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL:

(…)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo…

(…)

CAPITULO VI
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un período de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del régimen de transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramon B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No 7 de 2015).

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá. acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el período de transición.

Parágrafo: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de

los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No 7 de 2015)

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contrato se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo…

(…)

ARTÍCULO 53. CONCURSO DE MÉRITOS. POR UNA ÚNICA VEZ PARA PROVEER LAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. Por única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias, así:

Primera Convocatoria. Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a Término Indefinido, Término Fijo y Labor Contratada, vinculados a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo…"

De lo anterior, se extrae que, aunque efectivamente como asegura la parte actora, la demandada, se comprometió a través de la convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, a contratar a todos sus trabajadores, a término indefinido, incluidos aquellos vinculados bajo otras modalidades contractuales; también se acordó en dicho documento, terminar los contratos de trabajo de quienes laboraban en la planta transitoria de *"los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo"*, para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 a la planta fija de la Empresa, pero a través de contrato de trabajo a término fijo, inicialmente por 13 meses prorrogables durante la vigencia del régimen de transición esto es, hasta el 30 de noviembre del 2020.

Por otro lado, aunque el artículo primero del Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015, *"Por medio del cual se modifica el Acuerdo de la Junta Directiva No. 12 del 25 de junio de 2007"* (fls. 106-113) creó en la Empresa demandada, *"una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores oficiales a término indefinido (…) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial"*, contratación que debió adelantarse con la modalidad a término indefinido, conforme a las

cláusulas ya citadas, y por lo menos durante la vigencia del régimen de transición, la accionada, puede realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo con el fin de adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer dichos cargos de manera definitiva.

En ese orden de ideas, es claro que la demandada, no está en la obligación de modificar la modalidad contractual a través de la cual vinculó a la demandante, pues, de acuerdo con lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019, la planta transitoria a la cual estaba vinculada la actora, venció el 30 de noviembre de 2015, fecha en la cual finalizó su contrato de trabajo, siendo nuevamente contratada a término fijo, el 02 de diciembre de 2015, para desempeñarse como profesional, nivel 22, en la División de Atención al Cliente Zona 2 (fls. 31 y 157-164), cargo perteneciente a la anterior planta provisional, creado de manera definitiva, conforme al artículo primero del Acuerdo 27 de 2015, y que, por ser propio de *"la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social"*, de acuerdo al régimen de transición pactado convencionalmente, permitía su vinculación mediante contratos de trabajo a término fijo, sin que, por el hecho de que ella se desempeñara en el mismo durante más de 6 años, pueda considerarse no vacante o susceptible de proveer a través del concurso de méritos acordado con SINTRAEMSDES, garantizando la igualdad de oportunidades y la meritocracia como únicos factores relevantes para pertenecer a la planta de trabajadores oficiales de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A ESP.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en la alzada a cargo del demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 20 de febrero de 2020, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **NELLY JAZMÍN MOLINA BERNAL** en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503720180053 2-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo - comisiones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DASY YANETH GIL RUIZ** en contra de **B&P CAPITAL S.A.S.** y **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE CONFECCIONISTAS – COOPCONFEC**.

ANTECEDENTES

DASY YANETH GIL RUIZ, promovió demanda ordinaria laboral contra B&P CAPITAL S.A.S. y COOPERATIVA MULTIACTIVA DE CONFECCIONISTAS – COOPCONFEC, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas, desde el 01 de mayo de 2015; que se declare que las demandadas no le han pagado, ni consignado las comisiones y/o primas de productividad causadas entre esa fecha y el 09 de abril de 2018; y, en consecuencia, se condene a las demandadas, al pago de dichas comisiones, junto con las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 01 de mayo de 2015, comenzó a trabajar para B&P CAPITAL S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, para ocupar el cargo de gerente nacional de ventas, pactando un salario mensual inicial de $1.350.000 más un 5% de comisiones y/o primas de productividad mensual, sobre el total de las ventas mensuales, a partir del mes de octubre de 2015, sin incluir las ventas de la oficina central; que, para los años 2017 y 2018, firmó otrosí al contrato de trabajo, sólo modificando la remuneración percibida, pero las demás cláusulas del contrato principal se

conservaron en las mismas condiciones.

Refiere que, durante el tiempo de servicios, nunca tuvo un llamado de atención, queja o reclamo alguno por su gestión, cumplía con un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.; que, desempeñando sus funciones para B&P CAPITAL S.A.S., se dio cuenta que varias de las labores realizadas tenían relación con la empresa COOPCONFEC, la cual era también de propiedad de sus mismos empleadores, por lo que, su vínculo laboral fue con ambas empresas; que, el 09 de abril de 2018, B&P CAPITAL S.A.S., decidió terminar de forma unilateral su relación de trabajo, cancelándole la indemnización respectiva; sin embargo, las demandadas, no le pagaron, ni consignaron a través de su cuenta bancaria las comisiones y/o primas de productividad causadas desde el 01 de mayo de 2015 y hasta el 09 de abril de 2018 (fls. 3-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas, dieron contestación oportuna a la demanda, en los siguientes términos:

B&P CAPITAL S.A.S., se opuso a las pretensiones de la demanda; negó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el vínculo laboral de la actora y el cargo desempeñado, aclarando que, si bien ésta realizó ventas y tramitó libranzas para la COOPERATIVA MULTIACTIVA COOPCONFEC, fue en virtud de una alianza estratégica comercial entre las dos Compañías, pero bajo la continua subordinación de B&P CAPITAL S.A.S., sin que por ello fuera la actora, una trabajadora subordinada directamente de COOPCONFEC; también, señaló que, a la demandante, se le pagaron los porcentajes correspondientes a las ventas generadas en atención a las cuentas de cobro presentadas por ella, además que para el 15 de mayo de 2017 se suscribió otrosí al contrato de trabajo en el que se modificó la base salarial y se suprimió la cláusula contentiva del porcentaje de las comisiones, aclarando que la comisión sobre las ventas a razón del 0.5% era sobre los puntos de venta donde la empresa ofrecía sus servicios de crédito a través de unos asesores que remitían solicitudes y no contaban con un punto u oficina específica de atención. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación pretendida, mala fe de la demandante, tacha de falsedad en documento privado, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante y prescripción (fls. 276-293).

La **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE CONFECCIONISTAS – COOPCONFEC**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos o no constarle; advirtiendo que, la actora, nunca ha tenido vínculo laboral con esa Cooperativa, simplemente realizaba ventas y tramitaba libranzas para ellos, en virtud de un alianza comercial con B&P CAPITAL S.A.S. Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral – se desvirtúa la

subordinación como elemento esencial del contrato laboral, pago total, inexistencia de la obligación , cobro de lo no debido, mala fe del demandante y su apoderado (fls. 328-348).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2019, el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra; condenando en costas a la demandante.

Consideró el Juez de Primera Instancia, a la luz de las pruebas aportadas y recaudadas en el curso de proceso, junto con una valoración integral, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas jurídicas, que, según la ejecución del contrato y el cargo ejercido por la actora, no era posible darle al pacto de productividad, el mismo entendimiento que pretendía la demandante; además que, el volumen de ventas aportado no trae discriminados los valores específicos de cada punto de venta, ni tampoco era clara la ejecución de la activa, para poder hacer un análisis de su carácter salarial sobre las mismas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, no se tuvo en cuenta que el otrosí allegado por la parte demandada, se obtuvo coaccionando a la actora y no corresponde al original firmado por ella; que, el contrato de trabajo presentado por la accionante y no el falseado por la pasiva, habla en su cláusula 11, del 5% de comisión sobre todos los puntos de venta, no sólo de los de la carrera 9 y la señora Melba Guerrero; que, no se tuvo en cuenta lo manifestado por la demandante, al absolver interrogatorio de parte, donde indicó que en la misma oficina donde ella trabajaba para B&P CAPITAL S.A.S., también quedaba COOPCONFEC; que, lo dicho por los testigos, son meras especulaciones, ya que ellos no se enteraron de las formalidades del contrato.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, las demandadas B&P CAPIRAL y COOPCONFEC, solicitaron confirmar la sentencia de Primera Instancia, al encontrarse plenamente demostrado en el proceso, con las pruebas allegadas y practicadas, que la actora, no tiene derecho a las acreencias laborales reclamadas en la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, conforme a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, la Sala, deberá determinar si entre las partes se pactó el pago de comisiones y, en caso afirmativo, si las mismas se causaron y le asiste a la actora, derecho a su pago.

DE LA RELACIÓN QUE ATÓ A LAS PARTES

No fue materia de discusión por ninguna de las partes, la existencia de un vínculo laboral, el cual estuvo vigente desde el 01 de octubre de 2015 y hasta el 09 de abril de 2018, lapso durante el que se desempeñó como Directora Nacional de Ventas.

DE LA PRIMA DE PRODUCTIVIDAD

Reprocha la parte actora, la falta de valoración probatoria por parte del fallador de Primera Instancia frente a las comisiones y/o prima de productividad por ventas a las que aduce tenía derecho.

Para el efecto, milita en el plenario contrato de trabajo suscrito entre la actora y B&P CAPITAL S.A.S., de fecha 01 de mayo de 2015, con fecha de vencimiento 01 de noviembre de 2015, para que la actora, desempeñara el cargo de analista de crédito (fls. 301-303); posteriormente, el 01 de octubre de 2015, las mismas partes, suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, para ocupar el cargo de directora nacional de ventas, con un salario de $1.300.000 y unos beneficios extralegales, entre los que se incluía la prima de productividad, que reclama la actora.

Respecto a esta última, se debe indicar que, el contrato de trabajo allegado por la parte demandante, refiere en la cláusula once que, *"…desde el inicio de este contrato las partes acuerdan una prima de productividad igual al uno (5%) por ciento sobre las colocaciones de cartera que sean superiores a SETENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($70.000.000) por cada punto de venta. Para tal efecto, es un inmueble abierto al público donde se ofrecen los servicios a* (sic) *de la empresa. Exceptuando la principal cra 19 #114-65 ofic. 217 que se reconocerá el (5%). Se excluye el punto de venta ubicado en la cra 9 #17-24 ofic. 401."* (fls. 20 y 433). Mientras que, esa misma cláusula, en el documento presentado por la demandada, B&P CAPITAL S.A.S., indica que, *"…desde el inicio de este contrato las partes acuerdan una prima de productividad igual al 0, cinco (0,5%) por ciento sobre las colocaciones de*

cartera que sean superiores a SETENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($70.000.000) por cada punto de venta. Para tal efecto, es un inmueble abierto al público donde se ofrecen los servicios a (sic) *de la empresa. Exceptuando la principal cra 19 #114-65 ofic. 217 que se reconocerá el (0,5%) por sus ventas. Se excluye el punto de venta ubicado en el domicilio cra 9 #17-24 ofic. 401. Las ventas de la asesora Mabel Guerrero no entrar* (sic) *ya que es asesora directa de la oficina"* (fls. 305 y 426).

También se allegaron otrosí al contrato de trabajo suscritos el 15 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2018, modificando la remuneración mensual percibida (fls. 24-25); la relación de ventas de los años 2016 y 2017 (fls. 36-247); acuerdo de colaboración o alianza estratégica suscrito entre B&P CAPITAL S.A.S. y COOPCONFEC, del 03 de agosto de 2015, para el otorgamiento de créditos bajo la modalidad de libranza (fls. 308-310 y 349-351); comunicación del 17 de mayo de 2017 enviada por B&P CAPITAL S.A.S a COOPCONFEC, informando que *"a partir del 15 de mayo de 2017, se suscribió con la trabajadora DASSY YANETH RUIZ GIL, un documento denominado otro si al contrato de trabajo, en el cual se pactó que suprimiría la cláusula once (11) del contrato laboral, respecto al reconocimiento del pago a título de comisiones sobre las ventas a razón del 0.5% que se venía pagando, y por lo tanto a partir de la fecha no se pagara suma alguna de dinero."* (fl. 311 y 352); comprobantes de egreso y relación de pagos realizados por B&P CAPITAL S.A. a la demandante (fls. 312-326); cuentas de cobro y pagos efectuados a la actora por COOPCONFEC, entre febrero de 2016 y abril de 2017, por el trámite de créditos de libranzas (fls. 353-402); relación general de ventas de octubre de 2015 a mayo de 2017, presentada por B&P CAPITAL S.A.S. (fls. 437-456).

Igualmente, se allegó declaración rendida por la actora, ante el Consulado de Colombia en Estados Unidos, indicando que ella se trasladó a ese país, para residir en el domicilio de la señora NUBIA STELLA BARBOSA PEÑA, quien fue su jefe y representante legal de B&P CAPITAL S.A.S.; y que, la mencionada señora, el 27 de septiembre de 2018, la amenazó con quitarle su vehículo y teléfono celular, además de dejarla sin vivienda, si no le firmaba el otrosí al contrato, con fecha 15 de mayo de 2017, donde se decía que las partes acordaban dar por finalizado el pago de la prima de productividad, a lo que ella accedió, luego de una discusión, pues, se encontraba muy nerviosa por perder sus cosas (fls. 467-471).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de B&P CAPITAL S.A.S., aceptó que en el contrato de trabajo se pactó el pago de comisiones a la demandante, sobre las ventas brutas; que, la empresa no presionó a la demandante, para que firmara ningún otrosí al contrato de trabajo; que, en el año 2015, B&P CAPITAL S.A.S., perdió los créditos de COLPENSIONES, que era uno de los más importantes, de mayor colocación, entonces suscribieron convenio con otra empresa y le dieron a la demandante, la opción de radicar créditos por COOPCONFEC, pero únicamente manejando los asesores que ella tenía, ella tenía un grupo que hacía colocación y le

dieron la oportunidad para que esos mismos asesores, no vincularan venta con B&P, sino que también la pudieran vincular con COOPCONFEC, y tener un beneficio de comisión, que nunca fue el 5%, porque ni siquiera es el margen de rentabilidad que queda, pactando el 0.5% de las ventas que hicieran esos comisionistas, siendo la actora, una mera intermediaria, pues, sus vendedores eran los que hacían la colocación; que, el porcentaje de comisión, se liquidaba sobre el valor de los desembolsos, y dentro del contrato se estipularon unos puntos de venta que estaban excluidos porque eran otros asesores y un punto propio de la oficina, donde ella no hacia gestión; que, la idea era que si ella vinculaba un nuevo asesor y éste hacia gestión para incrementar la venta, sobre eso se le pagaba una comisión; que, dentro del acuerdo firmado con la demandante, se puso un tope de venta de $70.000.000, si dentro de la sumatoria de los asesores a su cargo no llegaban a ese tope no tenía comisión; que, con B&P CAPITAL S.A.S, en 3 oportunidades superó el límite de ventas y por lo tanto, la actora, presentó las cuentas de cobro respectivas y le fueron canceladas; también en COOPCONFEC, superó las ventas, desconoce en cuántas oportunidades, pero afirmó que también le fueron canceladas las comisiones.

El representante legal de COOPCONFEC, indicó que, no tuvo una relación laboral con la demandante; que, sólo se pactó el pago de comisiones sobre las ventas brutas, respecto de dos asesores; que, existió una relación comercial con B&P CAPITAL S.A.S, debido a que esa Cooperativa tenía activo el código de descuentos para créditos, por lo que, acordaron la estrategia comercial, donde ellos tenían el buen nombre y B&P aportaba el respaldo financiero y todo el personal, llegando al acuerdo, para que la demandante, recibiera comisiones por haber puesto en COOPCONFEC, dos asesores nuevos que incrementarían la venta, ella no colocaba los créditos, pero se le daba el 0.5% correspondiente a la diferencia de lo que cobraban por comisión los dos asesores y se liquidaba sobre las ventas de los asesores; que, la demandante, era quien conocía las ventas de los dos asesores, las reportaba a COOPCONFEC y presentaba sus respectivas cuentas de cobro a tesorería para el pago de su comisión.

La demandante, por su parte señaló que, ella presentaba cuentas de cobro, pero porque la gerente Nubia Barbosa le decía lo que tenía que aportar para el pago de la comisión, pero que no corresponden a la totalidad de las que debían pagarle; que, ella tenía que superar el límite de ventas de los $70.000.000, pero nunca se aclaró que ese valor debía ser independiente para B&P y COOPCONFEC; que, B&P CAPITAL no tenía código de descuentos para COLPENSIONES, entonces comenzó trabajado con COOPCONFEC, que sí lo tenía, pero posteriormente ya le aprobaron el código a B&P y los créditos con COOPCONFEC fueron disminuyendo, pero ella trabajó en las instalaciones de B&P cumpliendo labores para COOPCONFEC; que, al suscribir el contrato de trabajo, se pactó el pago del 5% sobre las ventas como comisión; sin embargo, las cuentas de cobro presentadas liquidaban la comisión sobre el 0.5% porque así era como la señora Nubia Barbosa lo creía necesario y ella nunca lo discutió porque

podría perder su trabajo, por eso hay asesores y ventas adicionales que no se incluyeron en esas cuentas de cobro; que, el otrosí al contrato de trabajo de fecha mayo de 2017, lo suscribió 6 meses después de haberse retirado de la empresa, estando en Estados Unidos y por presión de Nubia Barbosa, por lo que, fue al Consulado en Orlando en Estados Unidos y realizó una declaración extrajuicio relatando los hechos; que, a ella le pagaron comisiones, pero no como se pactó, es decir, el 5% sobre cada punto de venta, excluyendo la calle 17 y Mabel Guerrero; que, a partir del 15 de mayo de 2017, no volvió a presentar cuentas de cobro, porque la Gerente le dijo que a partir de esa fecha le iba a cancelar un valor fijo de $600.000, lo que modificó en el 2018, diciéndole que como B&P CAPITAL y COOPCONFEC, eran de la misma familia, para evitar problemas por los costos generados con el pago de sus comisiones, le recocería un valor cerrado de $2.500.000; que, inicialmente cuando comenzó a trabajar fue entrevistada por el Gerente de COOPCONFEC, pero decidieron dejarla con B&P CAPITAL, porque la idea era ampliar B&P; que, siempre desempeñaba funciones para ambas demandadas; aceptó que presentó cuentas de cobro a COOPCONFEC, solicitando el pago de comisiones por el 0.5%, por la orden dada por la Gerente, que le daba las libranzas y las liquidaba sobre el 0.5%; que, para 2015 y 2016 conforme a las comisiones que le liquidaban, ella recibía un salario de aproximadamente $2.700.000.

Declararon en el proceso CLAUDIA MARCELA DÍAZ CUBILLOS, dijo conocer a la demandante, por haber trabajado con ella en B&P CAPITAL, como auxiliar contable, de febrero a agosto de 2017, cargo que actualmente ocupa en COOPCONFEC; que, la actora, no presentó cuentas de cobro por comisiones para B&P, y para el año 2017, se le informó para la liquidación de nómina un cambio en el salario; afirmó que sabía que la actora, podía presentar cuentas de cobro por comisiones, pero durante el tiempo que la testigo estuvo vinculada al área contable de B&P, ella no reclamó el pago de comisiones; que, existía una alianza financiera entre B&P CAPITAL y COOPCONFEC, donde B&P ponía el capital y COOPCONFEC, tenía los códigos de diferentes entidades pensionales, para hacer los descuentos de créditos por libranza; que, la actora, tenía unos asesores por los que a ella se le reconocían comisiones.

OSCAR EMILIO VILLAMIL GONZÁLEZ, conoció a la demandante, como trabajadora de B&P CAPITAL S.A.S., que, él era asesor comercial de COOPCONFEC, desde 2015 a finales de 2016; que, existía un convenio comercial entre COOPCONFEC y B&P CAPITAL S.A.S., que, la actora, estaba vinculada laboralmente con B&P CAPITAL y en virtud de esa alianza comercial, recibía el pago de unas comisiones por parte de COOPCONFEC, y luego para 2017, se recibió una comunicación informando que no le cancelarían más comisiones a la demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala, que la demandante, no logró demostrar que el porcentaje de comisiones pactado con B&P CAPITAL S.A.S., fuera del 5% a que se refiere el contrato de trabajo presentado por

ella como prueba documental; y es que, no sólo del contrato allegado por esa demandada, define que el porcentaje de comisión sobre las ventas sería del 0.5%, sino que, además, este hecho tiene respaldo en el dicho de la misma actora, quien en el interrogatorio de parte, indicó que la gerente de B&P CAPITAL S.A.S., le entregaba las libranzas y le liquidaba sus comisiones sobre el 0.5%, además, así también lo señalaron los representantes legales de las demandadas, quienes informaron que el porcentaje de comisiones acordado con la señora DASY YANETH GIL RUIZ, fue del 0.5% sobre las ventas, pues, ni siquiera a ellos les quedaba un 5% de margen por los créditos que ofrecían. Adicional a esto, y pese a la discusión presentada en la firma del otrosí al contrato de trabajo de fecha 15 de mayo de 2017, lo cierto es que, como también lo aceptó la demandante, al absolver interrogatorio de parte, a partir de esa fecha cambiaron las condiciones de su remuneración, dejando B&P CAPITAL S.A.S., de cancelarle comisiones para pagarle solo un valor fijo de $600.000 mensuales, adicionales a su salario básico y que, en el 2017 pasó a una sola remuneración por $2.500.000, situación respecto de la cual no existe una constancia escrita, pero que fue aceptada por la demandante y por lo tanto, es ley para las partes; y además, esta circunstancia se encuentra igualmente acreditada con la comunicación enviada el 17 de mayo de 2017 por B&P CAPITAL S.A.S a COOPCONFEC, donde se señaló que la dejaría de recibir la comisión del 0.5% (fl. 352).

Adicionalmente, respecto a la relación de ventas presentada por la actora, que militan de folios 36 a 247, además de tratarse de un documento elaborado por la misma parte que pretende beneficiarse de él, no es posible extraer de éste las colocaciones de cartera superior a $70.000.000 requeridos para la liquidación de las comisiones conforme a lo señalado en el contrato de trabajo, ni mucho menos la gestión realizada por la actora o el grupo de asesores comerciales a su cargo en el trámite de esos créditos; de modo tal que, encuentra la Sala que el fallo proferido por el Juez de Instancia se ajusta a la legalidad, debiendo ser confirmado, al pender todas las pretensiones de la declaratoria del pacto y causación de comisiones.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante atendiendo el resultado adverso de su recurso. Las de Primera Instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **DASY YANETH GIL RUÍZ** en contra de **B&P CAPITAL S.A.S.** y **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE**

CONFECCIONISTAS – COOPCONFEC, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a favor de cada una de las demandadas. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520180057l-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Pensión de vejez – regimen de transición – cómputo de semanas – mesada catorce e intereses moratorios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de la demandante, y la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUIS EDUARDO GUAQUETA AMAYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

ANTECEDENTES

LUIS EDUARDO GUAQUETA AMAYA instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se condene a reconocerle la pensión de vejez a partir del 19 de abril de 2007, fecha en la cual cumplió sesenta años de edad, junto con las mesadas pensionales causadas a partir de la fecha del reconocimiento y los intereses de mora de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 19 de abril de 1947; que, tenía 46 años de edad cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993; que, a la presentación de la demanda, acredita 1049 semanas cotizadas; que, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a COLPENSIONES, y mediante resolución GNR 429810 de 2014, le fue negado ese derecho; que, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, acreditaba 756.42 semanas; que, con la resolución mencionada se entiende agotada la vía gubernativa (fls. 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 35 a 40, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, respecto a los hechos aceptó la mayoría de los hechos, salvo que, para el 22 de julio de 2005, fecha de expedición del Acto Legislativo 01, el demandante, tuviese cotizadas más de 750 semanas, por lo que, no conservó el régimen de transición. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor del demandante, una pensión de vejez , a partir del día 01 de abril de 2015, en cuantía del salario mínimo mensual legal vigente para cada año, debidamente indexada, junto con los reajustes legales y mesada trece adicional; autorizó a la demandada , a descontar el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; declaró parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido, respecto de los intereses moratorios; no impuso condena en costas. Lo anterior, al considerar el a-quo, que, estando adportas de adquirir el derecho pensional o a falta de unos días para completar las 750 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005, las semanas de cotización del actor, debían contabilizarse, por días calendario, citando como fundamento jurisprudencial de su decisión, sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de febrero de 2019 con radicación 74084.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión las apoderadas de las partes interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **parte demandante**, insiste en que para la fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor, sí tenía 756.56 semanas y desde esa fecha, se le negó la prestación, por lo tanto, debe prosperar la pretensión relacionada con el pago de los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, igualmente, debe reconocerse la mesada catorce, pues, la pensión reconocida, lo fue en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente; que, debe revisarse la fecha de reconocimiento del derecho pensional, ya que, el señor GUAQUETA AMAYA, cumplió con los requisitos legales, desde el 30 de noviembre de 2014, sin embargo COLPENSIONES, le dijo que debía seguir cotizando, entonces, lo indujo en error, y él no puede asumir ese error.

COLPENSIONES, por su parte, argumentó que, el demandante, no acredita los requisitos para acceder al régimen de transición, tal y como se puede evidenciar en su historia laboral; reiteró que, si bien al 01 de abril de 1994, el actor, contaba con 47 años de edad, por lo que sería beneficiario del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no cumplió con la exigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, respecto a haber cotizado 750 semanas al 25 de julio del 2005, pues, sólo tenía 747,14; que, de aplicar en debida forma el pronunciamiento jurisprudencial, citado por el Juez de Primer Grado, como sustento de su decisión, relacionado con la forma de contabilizar los días del trabajo como días calendario, el periodo cotizado en mayo de 2000, no sería de 16 días, sino de 15, lo que equivale a 2,14 semanas y no 2,28 como lo decidió el Juez de Instancia, igual que en el periodo comprendido entre 31 enero del 2001 y 31 de enero de 2003 donde serian 107,14 semanas y no 108,71, de manera que, no puede ayudarse al demandante sumándole semanas que no se cotizaron, para extender su beneficio, en contravía del principio de la seguridad jurídica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, por cuanto el Juzgado realizó un juicio análisis de la historia laboral, para concluir que acredita plenamente los requisitos para acceder a la pensión de vejez; además que, en materia pensional, se debe tener en cuenta la condición más beneficiosa, a favor del afiliado.

Por su parte, COLPENSIONES, solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda, al encontrarse demostrado que el demandante, no cumple con el requisito de semanas, para acceder al reconocimiento pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si resultó acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al reconocer a favor del actor, la pensión de vejez, haciendo especial énfasis en el cómputo de semanas para establecer si el demandante, era beneficiario o no del régimen de transición; y, en caso afirmativo, desde cuándo se hizo exigible el derecho pensional, así como la procedencia o no de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el reconocimiento de catorce mesadas pensionales.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y EL CÓMPUTO DE SEMANAS COTIZADAS

No suscitó discusión alguna por las partes la circunstancia de que el señor LUIS EDUARDO GUAQUETA AMAYA, para el 01 de abril de 1994 contara con más de 40 años de edad, comoquiera que, su fecha de nacimiento lo fue el día 19 de abril de 1947, lo que se puede verificar con la copia de la cédula de ciudadanía (expediente administrativo), la historia laboral (fls. 14-17 y 66-71 PDF) y la información contenida en los distintas actos administrativos expedidos por COLPENSIONES, a saber, la Resolución GNR 429810 del 20 de diciembre de 2014 (fls. 25-27 PDF) y Resolución GNR 341536 del 30 de octubre de 2015 (expediente administrativo); pruebas todas estas que al no haber sido tachadas ni refutadas de falso dan fe de lo allí expresado, cumpliendo así con el requisito de la edad, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, alega la demandada, en su recurso, que el demandante, pese a cumplir con el requisito de la edad, ya mencionado, no tiene cotizadas 750 semanas, a la fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, no es beneficiario del régimen de transición, ni resulta admisible, que se contabilicen las semanas por días calendario, como lo consideró el a-quo, sólo para favorecer a quien no cumple con las exigencias legales para acceder a ese beneficio pensional.

Al respecto, el parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone:

> *"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*
>
> *(…)*
>
> *Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*
>
> *"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"*

Bajo esta óptica, aquellas personas que al 01 de abril de 1994, reúnan, no solo las condiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (35 años de edad las mujeres, 40 o más años de edad los hombres o 15 años de servicios o cotizaciones), sino que además, al 22 de julio de 2005, fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, hubiese cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tienen derecho a que, para efectos de la pensión de vejez, se les apliquen los requisitos de edad, tiempo de servicio y

monto de la pensión estatuidas en las disposiciones que en ese momento les cobijara en materia pensional.

Respecto al cómputo de las semanas de cotización indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de septiembre de 2010, con radicación 36471, reiterada en la 41553 del 21 de marzo de 2012, que:

> *"En primer término, si el fallador asentó que no había norma jurídica que estableciera que para efectos de la pensión de vejez los años son de 360 días, para derruir ese raciocinio era menester indicar la disposición que lo consagra, así se tratase de una disposición reglamentaria o interna proferida por el propio demandado. En sustento del alegato que contienen los cargos, se afirma que los afiliados cotizan 30 días al mes, pero no se determina de donde surge esa conclusión, pues no se indica el precepto que así lo consagre, del que pudiera concluirse, como se sugiere implícitamente, que no se pueden contabilizar más días que aquellos sobre los cuales se cotiza.*
>
> *"Ahora bien, en los cargos se trae a colación un concepto del Ministerio de la Protección Social en el que, a su turno se alude una sentencia del Consejo de Estado en la cual se cita al artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo, norma legal que no se cita como violada en ninguno de los dos cargos, para concluir que el año que ha de tenerse en cuenta para la jubilación es de 360 días.*
>
> *"Con ello, lo que hace el recurrente es oponer el criterio jurídico vertido en ese concepto, de aceptarse su existencia, que no tiene fuerza vinculante para los jueces, según surge de lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con el del Tribunal, más ese raciocinio corresponde a un ejercicio tendiente a demostrar una equivocación hermenéutica, que no se denunció, pero no la aplicación indebida que orienta los cargos.*
>
> *"Ahora bien, en ese concepto, que en verdad no obra en el proceso, se dice que para efectos fiscales el mes laboral sólo se estima de 30 días, pero el Tribunal no pasó por alto que para esos precisos efectos el año se puede considerar de 360 días, sólo que estimó que* ***ello no podía ser de ese modo para la pensión de vejez, respecto de la cual debía tenerse en cuenta el tiempo efectivo laborado****.*
>
> *"Importa anotar que de la norma legal a la que se alude en el concepto, insularmente considerada, no se desprende inexorablemente que al trabajador le deban ser remunerados solamente 360 días al año, pues una cosa es que se le deban pagar los salarios por períodos iguales y vencidos y que el correspondiente a los sueldos no pueda superar un mes, que es lo que allí se establece, y otra, diferente, que en el año solamente se paguen 360 días.*
>
> *"Con todo, así se concluyera que de la disposición legal citada se desprende la conclusión que alega la censura, se mantendrían vigentes los otros razonamientos del Tribunal, fundados, en lo esencial, en la existencia de normas legales que, aplicadas analógicamente, permiten concluir que la pensión debe corresponder con el tiempo efectivo de servicio; en la naturaleza de la prestación por vejez, que retribuye el servicio y no es una dádiva; y en la realidad de que un año civil tiene 365 días.*
>
> *"En verdad no se derrumba la utilización que de la analogía hizo el fallador, porque no se demuestra que de la norma legal que se cita en el cargo se desprende que no existe el vacío normativo que evidenció el Tribunal, como tampoco que, en desarrollo de la integración normativa que utilizó, los*

preceptos de que echó mano no podían ser utilizados por no gobernar cuestiones análogas a la situación de hecho debatida en el proceso.

"No desconoce la Corte la existencia de normas internas del Seguro Social, como la Circular 191 del 4 de febrero de 1994, que pueden servir de apoyo a lo que alega la censura respecto de los días que se consideran cotizados, pero si sobre ella nada se dijo en el cargo no es posible involucrarla en el análisis jurídico que corresponde efectuar, con mayor razón si, dada su naturaleza jurídica, es una prueba, que, por lo demás, no obra en el proceso, y no una que puede ser tenida como norma sustancial del orden nacional, que pudiera examinarse en cargos dirigidos por la vía de puro derecho, como el primero". (negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, no es desacertada la conclusión del Juez de Primer Grado, respecto a la posibilidad de contabilizar el tiempo cotizado por días calendario; sin embargo, considera esta Sala, que, tal discusión resulta irrelevante, pues, al revisar nuevamente la historia laboral del demandante, y hacer la sumatoria de los días reportados, en el detalle de pagos, que corresponde a las semanas efectivamente cotizadas y pagadas por los distintos empleadores del actor, entre el 01 de septiembre de 1970 y el 28 de febrero de 2003, el señor LUIS EDUARDO GUAQUETA AMAYA, cotizó 757 semanas, así

Desde	Hasta	Días	Semanas
09/01/1987	31/12/1987	357	51,00
01/01/1988	01/02/1988	32	4,57
10/01/1992	31/12/1992	357	51,00
01/01/1993	31/12/1993	365	52,14
01/01/1994	05/02/1994	36	5,14
18/07/1973	30/06/1974	348	49,71
01/07/1974	20/08/1974	51	7,29
01/06/1976	05/09/1978	827	118,14
01/07/1979	29/11/1979	152	21,71
01/09/1970	28/02/1971	181	25,86
01/03/1971	08/08/1973	892	127,43
09/04/1981	31/07/1981	114	16,29
01/08/1981	03/12/1981	125	17,86
22/10/1981	28/02/1982	130	18,57
01/03/1982	19/02/1983	356	50,86
16/05/2000	31/05/2000	15	2,14
01/06/2000	30/06/2000	30	4,29
01/07/2000	31/07/2000	30	4,29
01/08/2000	31/08/2000	30	4,29
01/09/2000	30/09/2000	30	4,29
01/10/2000	31/10/2000	30	4,29
01/11/2000	30/11/2000	30	4,29
01/12/2000	31/12/2000	30	4,29
01/01/2001	31/01/2001	30	4,29
01/02/2001	28/02/2001	30	4,29
01/03/2001	31/03/2001	30	4,29
01/04/2001	30/04/2001	30	4,29

01/05/2001	31/05/2001	30	4,29
01/06/2001	30/06/2001	30	4,29
01/07/2001	31/07/2001	30	4,29
01/08/2001	31/08/2001	30	4,29
01/09/2001	30/09/2001	30	4,29
01/10/2001	31/10/2001	30	4,29
01/11/2001	30/11/2001	30	4,29
01/12/2001	31/12/2001	30	4,29
01/01/2002	31/01/2002	30	4,29
01/02/2002	28/02/2002	30	4,29
01/03/2002	31/03/2002	30	4,29
01/04/2002	30/04/2002	30	4,29
01/05/2002	31/05/2002	30	4,29
01/06/2002	30/06/2002	30	4,29
01/07/2002	31/07/2002	30	4,29
01/08/2002	31/08/2002	30	4,29
01/09/2002	30/09/2002	30	4,29
01/10/2002	31/10/2002	30	4,29
01/11/2002	30/11/2002	30	4,29
01/12/2002	31/12/2002	30	4,29
01/01/2003	31/01/2003	30	4,29
01/02/2003	01/02/2003	1	0,14
TOTAL HASTA 2005			757,00

Por lo anterior, el demandante cumple con la exigencia del parágrafo 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, que lo hace beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultando ajustada la decisión del Juez de Primer Grado, al reconocerle la pensión de vejez, bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a la ley 100 de 1993, esto es, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; razón por la que se confirmará, en este sentido, la sentencia apelada, pero por las razones expuestas.

DE LA FECHA DE CAUSACIÓN DEL DERECHO

Ahora bien, tratándose de la fecha a partir de la cual ha de reconocerse la pensión, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, disponen:

> *"ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*
>
> *"ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime*

conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona."

Así las cosas, para el 29 de agosto de 2014, cuando el demandante solicitó la pensión de vejez, si bien éste cumplía con los requisitos de edad y semanas cotizadas previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por tener 67 años de edad y 1.043 semanas cotizadas; no es posible acceder al reconocimiento de la prestación a partir del 19 de abril de 2007, como se pretende en la demanda, pues para entonces el actor, no cumplía con las semanas mínimas requeridas, ni menos aún, puede concederse esta prestación a partir del 30 de noviembre de 2014, como señala la parte actora en su recurso, pues, tal fecha de causación, carece de fundamento fáctico, no fue discutida en el proceso y no es dable en esta Instancia analizarla, ya que, el Juez de Segunda Instancia no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, pues, la parte demandada, no puede ser condenada por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015); debiendo confirmarse la sentencia apelada, en cuanto ordenó el pago de la pensión de vejez, a partir del 1 de abril de 2015, teniendo en cuenta que la última cotización efectuada por el demandante, lo fue el 31 de marzo de 2015.

DE LA MESADA CATORCE

Refiere la parte actora, que, tiene derecho al reconocimiento de catorce mesadas pensionales, comoquiera que, la cuantía de la pensión de vejez reconocida es igual a un salario mínimo legal mensual vigente.

En lo que interesa para resolver esta inconformidad, el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(…)

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento"

(…)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Conforme a la norma en mención, independientemente de que la cuantía de la pensión de vejez reconocida al demandante, sea de un salario mínimo legal mensual vigente, al haberse causado, con posterioridad al 31 de julio de 2011, le corresponde sólo trece mesadas pensionales, como le fue concedida por el Juez del Primera Instancia.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Señala el tenor literal del artículo 141: *"INTERESES DE MORA. 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 efectué el pago."*

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012[1].

Así las cosas, en el presente caso, se advierte una de las causales para exonerar a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que, esa Administradora, le negó al demandante el reconocimiento de la pensión de vejez, ante el convencimiento pleno de que le era aplicable el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y que, por ende éste carecía de las semanas mínimas de cotización para el reconocimiento del derecho pensional, resultando igualmente acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, en este sentido.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

---

[1] La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **LUIS EDUARDO GUAQUETA AMAYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000.oo, a cargo del demandante y de $1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 11001310501120180057 6-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Régimen de transición – Pensión de vejez Ley 797 de 2003. Retorno al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante, Porvenir S.A y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de julio de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **IVÁN JOSÉ CASTILLO RODRÍGUEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. María Alejandra Almanza Núñez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.456.532 y tarjeta profesional 273998 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Iván José Castillo Rodríguez pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición por contar con más de 15 años de servicios o 750 semanas de cotización al 30 de junio de 1995; que se declare que tiene derecho a regresar al RPM administrado por Colpensiones; que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003 a partir del 27 de agosto de 2018; que se condene a Colpensiones a

reconocer y pagar a favor del demandante el valor debidamente indexado de las mesadas ordinarias y adicionales, como los correspondientes reajustes legales de la prestación por el periodo comprendido entre el 27 de agosto de 2018, y la fecha en que se haga efectiva la inclusión en nómina de pensionados; que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales atrasadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 27 de agosto de 1956, cumpliendo 62 años de edad el 27 de agosto de 2018; que efectuó cotizaciones al ISS entre el 19 de enero de 1980 y el 31 de marzo de 1998, para un total de 718,43 semanas; que para el mes de agosto del año 2000, el demandante se trasladó al RAIS en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones ING; que en el mes de abril del 2002, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., y que pese a elevar solicitudes para retornar al RPM, las respuestas han sido desfavorables, igualmente, aduce que Colpensiones le ha negado la pensión de vejez, al considerar que no se encuentra afiliado a dicha entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, en su mayoría manifestaron no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su edad, las afiliaciones efectuadas a cada entidad, y las peticiones elevadas

COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de julio de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar que el demandante Iván José Catillo para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es el 30 de junio de 1995, contaba con 798.58 semanas de cotización, lo que lo hace conservar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, retornar al RPM administrado por

Colpensiones; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 del 2003, a favor del demandante, a partir del 27 de agosto de 2018, en cuantía inicial de $3.744.043, prestación que será cancelada por 13 mensualidades al año; condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, la suma de $146.515.264 por concepto de retroactivo pensional, correspondiente al periodo entre el 27 de agosto del 2018 y el 30 de julio de 2021, autorizando descontar los aportes al sistema general de seguridad social en salud por parte de la entidad condenada; absolver a las demandadas de las demás condenas incoadas en su contra; declarar no probadas las excepciones planteadas por las pasivas, condenando en costas a las demandas.

Posteriormente, previa solicitud de las partes, el a quo adiciona a la sentencia el numeral noveno, en el cual dispone que Porvenir S.A. deberá devolver todos los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos gastos de administración, rendimientos y todos los haberes que haya en dicha cuenta.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte demandante interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, indica que, para el caso en concreto el demandante se encontraba en la libertad de elegir el régimen pensional al cual desearía estar afiliado, derecho que ejerció en el año 2000, al vincularse a Porvenir S.A. Asimismo, indica que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal para retornar al RPM, al faltarle menos de 10 años para reclamar su derecho pensional.

Aduce que la parte actora para el 1 de abril de 1994 contaba con 37 años de edad, y no acreditaba los 15 años de servicio, por lo que no es beneficiario del régimen de transición, máxime que como lo establece la Ley 100 de 1993, aquellas personas que se trasladaren de régimen, perdían dicho beneficio.

Refiere la apoderada que debe tenerse en cuenta la descapitalización del sistema, y que la declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado del RAIS al RPM, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Subsidiariamente, solicita se condicione la sentencia previo cumplimiento de la devolución por parte de Porvenir S.A. de todos los emolumentos, así como la revocatoria de la condena en costas, y así no caer en un detrimento público.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación parcial frente a la sentencia, aduciendo que los gastos de administración es una figura que opera cuando se trata de una declaratoria de ineficacia o una nulidad, pero en el caso específico, no se fijó el litigio en ninguna de dichas actuaciones, por lo que dichos emolumentos no operan en la decisión efectuada, considerando que si tiene derecho a guardar estos dineros, y solamente trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, es decir, los aportes.

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, con el fin de que se modifique la decisión adoptada, frente a la negativa de los intereses moratorios, y en su lugar, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los mismos, contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el a quo consideró que el demandante solo solicitó a Colpensiones acceder al traslado de régimen en cualquier tiempo al ser beneficiario del régimen de transición en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, sin embargo, omite considerar que quedó plenamente acreditado que se agotó la reclamación administrativa, y que se presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez el 21 de septiembre de 2018, la cual fue rechazada, estando indudablemente ligada al retorno al RPMPD y al reconocimiento de la pensión de vejez.

Aduce que Colpensiones incurre en mora, al acreditar el demandante los requisitos para reclamar la prestación, y su traslado había sido negado de manera injustificada, insistiéndose desde el año 2014, máxime cuando se cumplían los requisitos para retornar en cualquier momento al RPM, pues por vía gubernativa las entidades se negaron a efectuar el traslado, pese a habérseles demostrado la existencia del tiempo de servicio con el municipio de Uribia, aun cuando Porvenir siempre sostuvo que la historia laboral del demandante se encontraba en reconstrucción y que por eso no se acreditaban los tiempos, pese a que se aportaron las certificaciones una y otra vez, hasta el punto de que Porvenir interpuso acción de tutela en contra de dicho municipio, y habiéndosele acreditado el tiempo de servicio, se negó a aceptar el traslado. Por su parte Colpensiones, argumentaba que dependía de Porvenir S.A. para constatar la existencia de los 15 años de servicio, lo que llevó a que el actor a estar durante 4 años en el limbo administrativo debido a la desidia de las entidades, y que al consolidar el derecho a la pensión, fue oportuna la reclamación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte actora remitieron alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos tanto en la demanda, como en sus contestaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes…

CONSIDERACIONES

La sala estudiará sí **(i)** al demandante le asiste el derecho para retornar al RPMPD en cualquier tiempo al ser beneficiario del régimen de transición, **(ii)** si el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez de que trata la Ley 797 de 2003 con base en el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 y con los requisitos que trae el Acto Legislativo 01 de 2005 para determinar la aplicabilidad del mencionado régimen hasta 2010 o hasta 2014 **(iii)** de encontrar cumplidos los mismos, se determinará el monto de la pensión que deberá recibir el demandante, **iv)** si hay lugar a disponer el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y **v)** si Porvenir S.A. debe retornar a Colpensiones los gastos de administración. Debiendo determinar en primer lugar la entidad competente para resolver la prestación pensional. En razón a que las pretensiones fueron adversas a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se concede el grado jurisdiccional de consulta, frente a los aspectos que no fueron objeto de apelación por dicha parte.

DEL TRASLADO DE RÉGIMEN EN CUALQUIER TIEMPO - BENEFICIO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En cuanto a la facultad de libre escogencia de régimen pensional, la misma se haya contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 declara exequible con sentencia C- 1024-04, el que en lo pertinente reza:

"ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(…)
e. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;
(…)".

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que el derecho a la libre escogencia del régimen pensional no es absoluto, al punto que en la sentencia C-1024 de 2004 la H. Corte Constitucional estimó razonable y proporcional, la prohibición de que el afiliado pueda trasladarse de

régimen cuando faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, en la medida que así se procura *"evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida"*, pues la descapitalización *"se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes"*.

Sentencia de constitucionalidad en la que se consideró que las personas beneficiarias del régimen de transición, esto es, aquellas que al 1° de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, podrán trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, en concordancia con las sentencias C-789 de 2002 y SU 062 de 2010.

Para mayores razones, la Corte Constitucional concretó aún más su línea jurisprudencial por medio de la sentencia SU-062/10, donde dispuso tajantemente que los beneficiarios del régimen de transición pierden tal condición, si se trasladan al régimen de ahorro individual, aclarando que tal consecuencia se circunscribe a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: los que al 1ro de abril de 1994 tenían más de 35 años si eran mujeres o más de 40 años si eran varones.

Así fue explicado en palabras de la H. Corte Constitucional:

"Los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables. Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. (…)".

De igual modo la sentencia mencionada entendió que NO perderán tal condición la categoría referida a las personas que contaban con 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, aun cuando se afilien o trasladen al régimen de ahorro individual, pero a condición de que retornen al ISS hoy Colpensiones, retorno que puede hacerse en cualquier momento:

"Las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993".

Así mismo, la citada sentencia requirió que al trasladar el ahorro alcanzado en la AFP privada al ISS hoy Colpensiones, dicho capital sea equivalente al monto total del aporte correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el ISS, y si este es menor, se le debe dar la oportunidad al afiliado para depositar a favor del ISS el valor de la diferencia.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013, MP Dr. Gabriel Eduardo Mendoza en la que en lo pertinente puntualizó:

"10.7. Así las cosas, más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de trasladado "en cualquier tiempo", del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición para todos los beneficiarios de régimen, por edad y por tiempo de servicios, la Corte se aparta de dichos pronunciamientos y se reafirma en el alcance fijado en las sentencias de constitucionalidad, en el sentido de que solo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

10.10. Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse "en cualquier tiempo" del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable."

Así las cosas, y conforme al documento de identidad del señor Iván José Castillo Rodríguez obrante a folio 17 del expediente, pudo constarse que,

para el 30 de junio de 1995, no cumplía con el requisito de la edad, pues contaba con 38 años.

Ahora bien, con relación al requisito de las semanas cotizadas, y conforme a las documentales obrantes a folios 19, 31, 177 y 178, pudo corroborarse que en efecto, el demandante contaba con 798.8 semanas al 30 de junio de 1995, fecha para la cual entró en vigencia el sistema general de pensiones en su caso concreto al encontrarse cotizando al sector público por cuenta del municipio de Uribia – La Guajira, tal y como consta en certificación electrónica de tiempos laborados No. 20200889211515500070001 1 (fl. 177), acreditándose que el demandante cuenta con la posibilidad de trasladarse al RPMPD administrado por Colpensiones en cualquier tiempo, para que sea dicha entidad y no Porvenir S.A. (a la que se encuentra actualmente afiliado), la que reconozca su eventual derecho pensional, manteniendo los beneficios del régimen de transición.

Lo anterior, sustentado en la Sentencia C-415 de 2014, donde la Corte Constitucional estableció que:

"(…) *La Corte Constitucional luego de analizar las circunstancias que precedieron a la expedición de la Ley 100 de 1993 y las condiciones que en materia pensional existían en el orden territorial, determino que el legislador no desconoce el principio de igualdad, por cuanto la consagración de una fecha posterior para la entrada en vigencia del sistema para los servidores públicos de los departamentos y municipios sin incluir a los servidores públicos de orden nacional, ésta fundando en un fin aceptado constitucionalmente, consistente en la protección especial al derecho a seguridad social en pensión de los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, pues los entes territoriales debían someterse a un proceso de adecuación y evaluación de las condiciones de solvencia o insolvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión que reconocían y pagaban pensiones a los servidores públicos de orden territorial. Por lo cual la vigencia diferida del Sistema General de Pensiones a nivel territorial conforme al parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 resulta adecuada y además necesaria. En este caso la Corte establece que el trato legal divergente se justifica respecto de los grupos sometidos a una situación fáctica particular de los servidores públicos del nivel territorial y la regulación diferencial que contempla la norma tiene por objeto maximizar la protección de un derecho fundamental a través de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones a partir del 30 de junio de 1995 (…)".*

De tal suerte, aclarado que el demandante puede retornar a COLPENSIONES, y que para ello no requiere de aportar el dinero que haga falta, en la medida que con sentencia de 6 de abril de 2011 dentro de la acción de simple nulidad radicada con el No. 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07), C.P Doctor Gerardo Arenas Monsalve, se declaró la

nulidad parcial del literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, pues el exigir como requisito para conservar el régimen de transición a quienes se trasladan del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte de haber permanecido en él y los rendimientos que se hubiere obtenido, se excedió la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional. Igualmente, se declaró la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a la conexidad directa con el literal b)[1]; es por lo que resta examinar si conservó tales beneficios.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Teniendo en cuenta que el actor cumple con el requisito de las semanas de cotización para ser beneficiario del régimen de transición, como se estableció previamente, se deberá estudiar hasta cuando le es aplicable el mismo con base en las disposiciones normativas del Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución de 1991.

Señala la mencionada reforma constitucional en el parágrafo transitorio 4° que:

"*El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*"

Quiere lo anterior decir que, el acto legislativo impuso un límite temporal para dar aplicabilidad al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1996, determinando que el mismo tendría vigencia hasta el 31 de julio de 2010, pero que se extenderían sus beneficios para aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia de la norma tuvieran cotizadas por lo menos 750 semanas o el equivalente en tiempo de servicios.

Como se explicó anteriormente, el tiempo de servicios se halla plenamente superado, pues para la entrada en vigencia del referido acto legislativo, contaba con más de 750 semanas, no obstante, el actor no cumplió el requisito de la edad, sino hasta el 27 de agosto de 2016, superando el extremo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el año 2014, debiendo resolverse la prestación bajo los lineamiento de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, tal y como lo solicitó la parte actora en el escrito de demanda.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

[1] http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/127/S2/25000-23-25-000-2010-01214-01(1913-12).pdf

Solicita el promotor de esta actuación que se reconozca la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 que señala:

Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Igualmente, el artículo 13 literal f de la Ley 100 de 1993, permite tener en consideración la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

De tal modo, se tiene que el demandante Iván José Castillo Rodríguez, nació el 27 de agosto de 1956, de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 17 del expediente, por lo que los 62 años edad los cumplió el 27 de agosto de 2018.

Ahora bien, la sala verificara si efectivamente la misma cumple con los requisitos de tiempo de servicios o semanas cotizadas señalados en la normativa en comento, y es por lo que, teniendo en cuenta los periodos cotizados al ISS hoy Colpensiones, a la AFP Porvenir S.A. y las certificaciones emitidas por el Ministerio de Hacienda entre junio de 1992 y diciembre de 1997, se pudo concluir que el actor ha efectuado un total de 1,836.56 semanas, cumpliendo así los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA PENSIONES DE VEJEZ.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1º de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años

para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

Bajo tal entendido, como al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho, en tanto satisfizo el requisito de la edad el 27 de agosto de 2018, y que cotizó un total de 1,836.56, superando las 1.250, y es por lo que su ingreso base de liquidación debe establecerse conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la fecha de causación del derecho, lo cual le resulta mas favorable, sin que dicha circunstancia hubiese sido objeto de apelación.

Frente a lo anterior, y de acuerdo a la liquidación efectuada por el liquidador de esta corporación que se adjunta y hace parte integral de esta providencia, la misma arrojó:

Ingreso Base Liquidación	***$ 4.562.024,73***
Porcentaje aplicado	***77,58%***
Primera mesada	***$ 3.539.231,30***
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2018	***$ 781.242,00***

Entonces, dado el resultado anterior, se modificarán los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el juez de primera instancia, debiendo ajustarse los respectivos montos a lo arrojado en la liquidación que obra en el expediente.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Se estudiará si la pensión reconocida al demandante a partir de 27 de agosto de 2018 debe ser reconocida con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en caso afirmativo, desde cuándo se comienzan a generar estos.

Señala el tenor literal del artículo 141: "***INTERESES DE MORA***. *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 efectué el pago."

Ahora bien, y teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora mediante su recurso de apelación solicitó que se revoque lo concerniente a la absolución del pago de tales intereses, es preciso señalar que, en efecto, los mismos no resultan procedentes, por cuanto el no pago de las mesadas no se originaron en razón a la simple negativa de Colpensiones, sino a la vinculación del demandante a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en providencia SL1309-2021 del 24 de febrero de 2021, Mag. Ponente el Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en un caso similar enseñó que:

"(…) Ahora, en lo atinente a la inconformidad de la parte actora relacionada con la absolución por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe precisarse que los mismos no resultan procedentes, en tanto que la mora en el pago no obedeció a la negligencia, tardanza o demora en el pago de las mesadas por parte de Colpensiones, sino a que al estar afiliado el accionante a la AFP Protección S.A., en principio no era aquella la entidad la encargada de otorgar dicha prestación, y solo ahora en virtud de lo ordenado en las sentencias, es que surge en cabeza de la primera de las nombradas dicha obligación. (…)".

Y es por lo que, en efecto, y como lo estableció el a quo, no hay lugar a efectuar condena.

DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Estableció la apoderada de Porvenir S.A. su inconformidad, en la decisión del a quo en cuando al ordenar la devolución de los gastos de administración, aduciendo que dicha orden, opera cuando se trata de una ineficacia o una nulidad de traslado de régimen, sin embargo, que, en el presente proceso, no se fijó el litigio sobre ninguna de dichas actuaciones.

A lo anterior, considera esta corporación que en efecto le asiste razón a la recurrente, por cuanto se ha establecido que dicha devolución se ha concedido en los procesos de nulidad de traslado, como consecuencia de tal declaratoria, lo que implica dejar sin efectos jurídicos los actos de afiliación al RAIS, sin embargo, en el presente proceso, si bien se está permitiendo el retorno del demandante al RPMPD, no se está dilucidando que la vinculación a Porvenir S.A. no hubiese existido, ni se está retornando todo a su estado original.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 7 de julio de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Iván José Castillo Rodríguez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., estableciendo que el monto inicial de la pensión de vejez corresponde a la suma de **$3.539.231**, efectiva a partir del 27 de agosto de 2018, y, el retroactivo debido al 30 de julio de 2021 asciende a la suma de $141.879.315,47, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, conforme las razones expuesta en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral noveno de la sentencia proferida el 7 de julio de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente, en cuanto dispuso la devolución de los gastos de administración, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503220170070 2-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Contrato realidad – Prestaciones Sociales – Aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión – Indemnizaciones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA** en contra de **ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S.** y **LUIS JAVIER OLARTE RUIZ**.

ANTECEDENTES

ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA, promovió demanda ordinaria laboral contra ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre las partes, del 08 de agosto de 2011 al 17 de agosto de 2016; y, en consecuencia, se condene a la demandada, al pago del auxilio de cesantías, primas, intereses a las cesantías, vacaciones, adeudadas durante la vigencia de la relación laboral; que, se condene a ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, la indemnización por los perjuicios causados al no entregar dotación de calzado y vestido, indemnización moratoria y las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión, que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, comenzó a trabajar para ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, el 08 de agosto de 2011, desempeñando el cargo de asistente en el área de producción, cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Refirió que, según constancia expedida por el gerente de la empresa demandada, dentro de sus funciones estaban las de elaborar productos, atender clientes internos y externos, verificar productos terminados, consolidar inventarios de productos de bodega, despachar productos a nivel local nacional, además de atender cualquier solicitud que le hiciera el señor LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, como hacerle consignaciones bancarias, arreglar las habitaciones de los hostales pertenecientes a él, llevar facturas y hojas membretadas a otras empresas asociadas y realizar arreglos en la casa del señor Olarte Ruiz.

Indicó que, el 01 de agosto de 2016, de forma intempestiva, lo cambiaron al cargo de auxiliar administrativo, sin embargo, no estaba capacitado para cumplir con las funciones asignadas, por lo que, el 17 de agosto de 2016, decidió unilateralmente finalizar el vínculo laboral, además que la demandada, nunca cumplió con sus obligaciones como empleador, lo que también condujo al despido indirecto, pues, nunca se le cancelaron prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, no se le concedieron vacaciones, ni se le entregó ropa y calzado de trabajo; que, el último salario devengado, fue la suma de $750.000 (fls. 3-8 y 23-32).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S.**, dio contestación en término a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, frente a los hechos manifestó no ser ciertos ninguno de ellos, alegando que nunca existió una relación de carácter laboral con el actor, pues, desde la creación de esa Sociedad, en el año 2013, ha sido atendida única y exclusivamente por sus socios; además, a partir del 2016, el único encargado es el señor LUIS JAVIER OLARTE, debido a desavenencias y problemas familiares con CAMILO ANDRÉS OLARTE; aclaró que, la única actividad que el demandante, ejecutó con relación a la empresa, consistió en la comercialización con terceros de algunos productos, pactando precios cómodos, que le dejaran un margen a su favor, pues, se encontraba estudiando una carrera profesional en la Universidad Nacional y buscaba ayudarse económicamente a su sostenimiento y, cada vez que ejecutaba dicha actividad, lo hacía emitiendo cuentas de cobro a su nombre, recibiendo el pago directamente en efectivo o mediante consignación que los terceros depositaban en su cuenta de ahorros. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, inexistencia del contrato de trabajo y prescripción (fls. 51-57).

REFORMA DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad procesal respectiva, el demandante, presentó escrito de reforma a la demanda, para que se incluyera como demandado

al señor LUIS JAVIER OLARTE RUIZ; modificando sus pretensiones, para que se declare la existencia de un vínculo laboral con ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S. y LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, vigente del 08 de agosto de 2011 al 17 de agosto de 2016, el cual finalizó al operar un despido indirecto; y, en consecuencia, que se condene a ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S. y LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, a cancelar a su favor el auxilio de cesantías, primas, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión, causados durante toda la relación de trabajo; que, se condene a las demandadas ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S. y LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, sanción por el no pago de intereses de las cesantías, la indemnización de perjuicios por la no entrega de dotación, la indemnización moratoria por el no pago de acreencias laborales, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Lo anterior, comoquiera que, comenzó a prestar sus servicios el 08 de agosto de 2011 y la empresa ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., conforme al certificado de existencia y representación legal, sólo fue constituida legalmente hasta el año 2013, siendo el señor LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, solidariamente responsable de las acreencias laborales reclamadas, como fundador de dicha empresa y destinatario de las labores realizadas (fls. 60-61).

Por auto del 26 de abril de 2018, se admitió la reforma de la demanda (fl. 62).

CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA

Notificado **LUIS JAVIER OLARTE RUIZ**, presentó escrito de contestación visible de folios 95 a 105, mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, negó la existencia de cualquier vínculo laboral con el demandante; aclaró que, nunca autorizó la expedición de certificados laborales para el actor, que por problemas personales, su socio y hermano CAMILO ANDRÉS OLARTE, desde el año 2016, lo ha amenazado con tomar represaliar en su contra, apoyando al demandante en esta acción; que, el actor, es sobrino de un proveedor de la Sociedad, el señor ANTONIO RESTREPO ERAZO, y es a él a quien le hace labores de mensajería y para el 2014, cuando les contó que estaba estudiando en la Universidad Nacional, que necesitaba algunos ingresos y mover una cuenta bancaria, acordaron la comercialización, con terceros, de los productos de la empresa, dándole precios bajos y cómodos con el fin de que obtuviera una ganancia. Formuló las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, inexistencia del contrato de trabajo y prescripción.

Por auto del 11 de mayo de 2018, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la demandada ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S. (fl. 87).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, condenándolo al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que, el referente jurisprudencial citado por el a-quo, para sustentar su decisión, es de hace más de 10 años, habiendo la Corte Suprema de Justicia, cambiado o modulado su postura respecto al contrato de trabajo, así, por ejemplo, citó la sentencia SL6621 de 2017, donde se advierte que no es necesario probar con exactitud, ni rigurosidad los extremos del contrato de trabajo; también la sentencia SL4547 de 2018, según la cual, la no acreditación del motivo de la terminación del vínculo laboral, no resulta suficiente para desvirtuar su existencia; y la sentencia SL6621 de 2017, donde reitera la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al artículo 24 del CST, que, cuando se prueba la existencia de una actividad personal del trabajador, le corresponde a la parte demandada, desvirtuar que esa actividad personal, no fue o no se dio dentro de un contrato de trabajo; por lo tanto, consideró que, contrario a lo manifestado por el Juez de Instancia, no le correspondía al demandante, demostrar la subordinación, sino que habiéndose probado el desarrollo de una actividad personal a favor de la demandada, eran ellos, quien debían acreditar que no se configuraron los elementos constitutivos de un contrato de trabajo; que, con las pruebas aportadas al proceso se encuentra demostrada la existencia del contrato de trabajo alegada y la subordinación dentro del mismo, sin que resulte contradictorio los dichos de la demanda, con las pruebas vertidas en el proceso, pues, aunque el actor, realizaba estudios en la Universidad Nacional, tenía un horario flexible, que le permitía trabajar, como lo corroboró el señor Camilo Olarte, quien dijo que, su empleador y demandado, LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, le había concedido un permiso para que cumpliera con sus clases y luego regresara a trabajar; que, el Juez de Primer Grado, ignoró que antes de la constitución de la sociedad de hecho, ésta ya existía y sus actos tiene consecuencias jurídicas, si bien no son iguales a las de una sociedad legalmente constituida, no por ello puede entenderse como inexistentes; que, la certificación laboral obrante en el expediente, se encuentra ratificada con el dicho del mismo testigo Camilo Olarte y no puede desconocerse sólo por lo que declaró el demandado Luis Olarte, al absolver interrogatorio de parte, ya que, no puede beneficiarse por lo que él mismo manifestó; que, las cuentas de cobro presentadas por el demandante, no desvirtúan la existencia del contrato de trabajo, ni demuestran la supuesta relación comercial con el actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte demandante, ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación, y solicitó revocar la decisión de Primera Instancia, accediendo a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el a-quo, hizo un análisis incorrecto e inadecuado de las pruebas allegadas al proceso, solamente en se basó en las pruebas documentales aportadas y le restó valor probatorio a la certificación laboral aportada y al testimonio arrimado por la parte demandante del señor Camilo Andrés Olarte Ruíz; además, las declaraciones de los demás testigos no son suficientes para desvirtuar los elementos de la relación laboral que realmente existió entre las partes y que lo hacen merecedor de las prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social reclamados, la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, por encontrarse acreditado su actuar de mala fe.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar si resultó acertada o no la decisión del Juez de Primera Instancia, en cuanto negó la existencia del vínculo laboral reclamado por el demandante, así como el reconocimiento de las prestaciones sociales e indemnizaciones relacionadas con el mismo.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*"

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: ***a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.***

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la**

prestación continua del servicio, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *"…Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador»."* (CSJ SL362-2018, Radicación 53801 del 21 de febrero de 2018).

En el presente caso al plenario se allegaron como pruebas, una certificación laboral, expedida el 07 de enero de 2016, firmada por el señor CAMILO ANDRÉS OLARTE RUÍZ, en su condición de Director del área de Gestión Humana de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., donde se hace constar que el demandante *"…labora en la empresa desde el 8 de Agosto de 2011 a la fecha, desempeñando el cargo de Productor General de Producto con un contrato a término indefinido y devengando un salario mensual de $644.350"* (fl.9); certificación laboral, sin firma, pero con logo y sello de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., de fecha 10 de agosto de 2016, según la cual *"el señor ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA (…) trabaja para la compañía desde Agosto de 2011. Cumpliendo a cabalidad con las funciones del cargo: Asistente en el Área de Producción. Cuyas funciones son: Elaboración de productos; Atención al Cliente interno y externo; verificación de productos terminados (Control de Calidad); consolidar inventarios de productos de bodega y despacho de productos a nivel local y nacional. Con un sueldo de $750.000 setecientos cincuenta mil pesos m/te. Con un contrato a término indefinido"* (fl. 10); cotización del 28 de abril de 2017 respecto a ropa para trabajo calzado industrial y elementos de protección (fl. 11); consulta RUAF, de dónde se advierte que el demandante se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud desde el primero de febrero de 2013 y al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., desde el 31 de mayo de 2017 siendo su estado inactivo (fls. 12-13); reporte de horario estudiantes del demandante, generado por la Universidad Nacional de Colombia, el 19 de agosto de 2014 (fl. 63); cuentas de cobro a nombre de ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA, de los años 2013 a 2016, por productos vendidos a diferentes clientes, con soportes de la consignación o transferencia a una cuenta bancaria de BANCOLOMBIA, a nombre del demandante (fls. 69-86).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandado LUIS JAVIER OLARTE RUÍZ, dijo conocer al demandante, desde hace varios años, porque el señor ANTONIO RESTREPO ERAZO, tío del actor, lo enviaba a llevarle unos productos a la oficina,; que, el señor ANDERSON ALEXIS, nunca le prestó ningún servicio, iba a la oficina a llevar productos del tío, como cabezales, y

elementos de cuero que el señor fabricaba, cada vez que él le hacia un pedido a don Antonio, éste se lo enviaba con el demandante, lo cual hacia una o dos veces a la semana, o una vez al mes, no tenía una periodicidad determinada; que, CAMILO ANDRÉS OLARTE RUÍZ, es su hermano, con él crearon una empresa, ASOCIADOS IMPLEGAN SAS, pero no tenía un cargo específico, era como un todero; indicó que, CAMILO ANDRÉS OLARTE RUÍZ, no fungió como gerente ni administrador, era representante legal suplente y socio de ASOCIADOS IMPLEGAN SAS; que, la mayoría de trabajadores de esa Sociedad, son vinculados por contrato de prestación de servicios y deben acreditar el pago de su Seguridad Social; desconoció la certificación laboral expedida por CAMILO ANDRÉS OLARTE RUÍZ, al demandante, el 07 de enero de 2016, dijo que la litografía en el membrete no corresponde a la verdadera, además que, en la empresa nunca ha existido el cargo de Director de Gestión Humana; que, ASOCIADOS IMPLEGAN SAS, comercializaba productos de ganadería, algo de artes gráficas, energía solar, mejoramiento de señal de celular; que, antes de 2013, él, LUIS JAVIER OLARTE RUÍZ, tenía una empresa de artes gráficas, que no le era rentable y la terminó; que, el demandante, tampoco le prestó sus servicios como persona natural, sino que ANDERSON PEÑA, comercializaba productos a través de la empresa, despachaba los productos, los clientes le pagaban a él y él le pagaba a la empresa, él compraba a un precio y vendía a otro, eso era lo que él ganaba, siendo una práctica común para ese demandando, conseguir gente para vender, por ejemplo, alguien en Barranquilla, le pregunta si tiene un producto, entonces, si él lo tiene se lo envía, y allá lo comercializan; que, el demandante, comercializó 3 o 4 años, sus productos, pero no se suscribió ningún contrato de trabajo.

Por su parte, el demandante, indicó que, no celebró de manera escrita contrato de trabajo con los demandados, sino que se trató de un contrato verbal con ASOCIADOS IMPLEGAN SAS y LUIS JAVIER OLARTE RUÍZ, en el año 2011; que, no es cierto que haya trabajado para el señor Antonio Restrepo Erazo, sino que llegó a la empresa, porque un primo suyo quien también trabajaba en IMPLEGAN, le dijo que fuera a trabajar allá, estuvo 2 días, como de prueba, le pagaron $25.000 por día, él continuó asistiendo a la empresa, y pasado un tiempo le dijeron que ya laboraba para ellos, que le pagarían semanal, haciendo la sumatoria de los días laborados y le pagaban todos los viernes a las 5:30 pm, luego de que cerraban el almacén; que, le daban $125.000 semanales; que, siempre el señor Luis Olarte, decía que él era el jefe, el dueño de la empresa, que las cosas se hacían a su gusto, además, le daba órdenes directas; que, salió de la empresa en el 2016, porque le cambiaron las condiciones de trabajo, lo pusieron a realizar labores para las cuales no estaba capacitado, a tal punto que en una oportunidad tuvo que redactar una carta en inglés, sin saber cómo hacerlo; que, cuando reclamó por el pago de su liquidación, nunca le dijeron que era un desconocido o que no hacia parte de la empresa, sino que debían hablar con el contador, para el pago; que, jamás autorizó al señor Luis Olarte, para que usara su cuenta de ahorros, ni su NIT, en la facturación de productos de la empresa; señaló que, jamás le entregó dinero a la empresa o el señor Olarte, por compras de productos que él realizara directamente a favor de

terceros; aclaró que, ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., lo obligó a abrir una cuenta de ahorros a su nombre, donde clientes de la demandada hacían consignaciones, entonces, él debía sacar el dinero y llevarlo a la empresa, pero además, también retiraba dinero de otras cuentas bancarias a nombre de Rubén Aguirre, Juan Sebastián Ruiz y Patricia Rivera; que, la empresa demandada, acostumbraba a facturar los productos a su nombre de otras personas, como él, pero el producto que ellos vendían estaba a nombre de IMPLEGAN y en el inventario de IMPLEGAN; que, en el año 2012 ingresó a realizar sus estudios superiores, en la Universidad Nacional de Colombia, porque el señor LUIS OLARTE, decía que, el que no estudia no trabaja, ya que en esa Empresa, no había cargos para ascender, entonces él estaba estudiando, pero, en la Universidad Nacional, no se maneja un horario determinado; sin embargo, cuando trabajó puso sus clases de 7:00 a.m. a 9:00 a.m. y de 4:00 p.m. a 6:00 pm, para ir a la oficina, a trabajar después de clase y luego regresar a la universidad; afirmó que, generalmente sus clases eran martes y jueves, pero el horario cambiaba con el tiempo, entonces, a veces tenía clases 2 o 3 días a la semana; que, debía cumplir un horario y para eso el señor JAVIER OLARTE, trajo desde China, un lector de huella, si la persona ingresaba a la oficina después de las 8:10 am, ese día no trabajaba y no se le pagaba, igual para salir a las 5:30 pm, también debían poner su huella, además llenaban una planilla con la hora de salida e ingreso para almorzar y había una casilla de observaciones, donde en casos como el suyo, se colocaba que ingresaba o salía antes por razón de sus estudios; dijo, que tenía permiso tanto de Javier como Camilo Olarte, para retirarse de la Empresa y cumplir con sus obligaciones académicas; que, dentro de sus funciones no estaba hacer facturas a su nombre, y que, las cuentas de cobro que obran en el expediente, con su nombre y número de NIT, ni siquiera están firmadas por él; que, él no comercializaba productos, los productos los comercializó IMPLEGAN a nombre suyo; que, no vendió productos a su nombre de la empresa IMPLEGAN; que, el señor JAVIER OLARTE, era quien tenía la tarjeta de la cuenta de ahorros a su nombre, es más fue él quien le asignó la clave, le decían que fuera al cajero más cercano, que era la Oficina Alcázares de Bancolombia, le pedían que sacara el máximo permitido y lo llevara a la oficina, o debía hacer transferencias a Bancos, como el CITIBANK o HELM, a cuentas del señor JAVIER OLARTE, pero esos dineros, jamás llegaron a sus manos, no movió mercancía a nombre propio, lo hacía para la Empresa; que, si no trabajaba no le pagaban; que, su último salario diario fue de $33.000; que, dentro de sus funciones debía elaborar termos de descongelación, termos para el nitrógeno líquido, *chin ball*, para detectar cuando el ganado está en celo; tenía que vender cuando llegaba un cliente a la oficina, hacerle la factura, recibir el dinero y entregarle el producto, no con su nombre, sino a nombre de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.; también tenía que recibir el nitrógeno liquidado, tenía que despachar productos, por lo que, tenía que revisar todos los días a las 4:00 p.m., las órdenes de los pedidos; que, tras la renuncia de CAMILO ANDRÉS OLARTE RUÍZ, el último día de julio de 2016, él tuvo que hacer sus funciones; que, viajó a Cartagena, y conoció a una chica que le dijo que pasaba algo con su contrato de trabajo, porque no era posible que nunca le hubiesen dado vacaciones, entonces regresó con la inquietud por

sus condiciones laborales; que, el lunes 15 de agosto de 2016, y luego de su hora de almuerzo, cuando regresó a las 2:00 pm, el señor JAVIER OLARTE, le dijo que de ahora en adelante debía realizar algunas labores que eran de Camilo Olarte, siendo una de las primera funciones redactar una carta en inglés, entonces entendió que algo raro pasaba, y que, si no iba a tener una mejora salarial, pero si un incremento en el trabajo, pues, ya no quería estar más ahí, entonces el miércoles 17 de agosto de 2016, le preguntó al señor JAVIER OLARTE, si le iba a hacer algún reajuste salarial a lo que él le contestó que no, que así eran ahora las condiciones de trabajo, entonces le agradeció por todo, pero renunció; que, el señor JAVIER OLARTE, le dio como última orden que hiciera su liquidación y trabajó hasta las 5;30 pm., ingresó a la página del Ministerio de Trabajo y utilizó la calculadora para liquidar prestaciones sociales, le entregó esa liquidación a Javier Olarte, quien le contestó que tocaba hablar con el contador, que posiblemente dentro de 3 días le tendría una razón, pero pasaron varias semanas, sin que le pagaran.

También declararon en el proceso, CAMILO ANDRÉS OLARTE RUÍZ, quien informó que, trabajó con el demandante, desde mediados de 2011 a 2016; que, era subgerente y representante legal suplente de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., para esa época trabajaban en la empresa 5 personas, el demandante, él y 4 personas más; que, es hermano del demandado JAVIER OLARTE; que, dentro de sus funciones en la empresa, estaba encargado del área de Gestión Humana y la gerencia, entrevistaba a las personas que ingresaban a laborar, le aconsejaba a su hermano Javier Olarte, respecto al personal que debía contratar, hacía cumplir las normas de la Empresa; que, ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S, venden productos de ganadería, biotecnología, antenas celulares; que, el demandante, trabajó para ellos, mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido, se le pagaba el salario mínimo por horas, *"se sacaba una regla de tres"*, se pagaba el día, y se entregaba el salario los viernes, de acuerdo a un control de horas trabajadas en la semana, porque el demandante estudiaba, entonces se le autorizó un horario flexible; que, el demandante, ingresó a mediados de 2011, él lo contrató para cumplir labores en el área de producción, se encargaba de la fabricación de productos en la empresa, a veces hacia labores de mensajero, o lo que saliera; indicó el testigo, que, el actor salió de la empresa, 2 o 3 semanas después que él, pero no sabe los motivos de su renuncia, sino que se enteró por terceras personas; que, para poder hacer contratos con el Estado, quien dejó de contratar con personas del régimen simplificado, la empresa ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., se legalizó en el año 2013, pero venía trabajando como IMPLEMENTOS GANADEROS – IMPLEGAN, desde mucho tiempo antes; que, él entró a trabajar con su hermano en octubre de 2010; que, el habló con su hermano, el demandado JAVIER OLARTE, respecto a incentivar a los trabajadores a estudiar, porque en la empresa no podían ascender, era como un *"escampadero"*, entonces si los dejaban estudiar, ellos les responderían trabajando con más compromiso; que, el demandante, estudiaba algo para ser profesor de lenguas muertas, normalmente iba a clase en las mañanas, tenía que presentar su horario de clases, trataba de organizar su horario para que no

interfiriera con su trabajo; que, para ingresar a la Empresa, había un control de horario, se tenía una máquina de huella digital que le enviaba toda la información de ingresos y salidas a su computador y con esa información, el testigo, hacia el control de horas trabajadas, liquidaba y pagaba a cada trabajador el salario; que, sólo le pagaban a los trabajadores, el salario diario, nada más; que, el actor, llegó a la empresa, porque un primo de él, que también trabajaba ahí y lo llevó; que, a veces cuando llegaban clientes a la oficina, el demandante, bajaba y los atendía, pero que nunca realizó ventas a compradores externos, porque esa era de una sus funciones, CAMILO OLARTE, era quien buscaba y gestionaba clientes; que, el cargo ocupado por el demandante, no tenía un nombre especifico; que, un día, el señor ANDERSON PEÑA, le contó que iba a solicitar un crédito de Bancolombia, entonces le pidió que le expidiera una certificación laboral, pero esa documentación no la podía elaborar sin autorización de su hermano JAVIER OLARTE, por lo que le dijo al demandante, que llamara a Javier y si él autorizaba se la hacía, entonces, lo llamaron desde la oficina porque estaba fuera del país, y él la autorizó; que, la mayoría de órdenes que recibía el demandante, provenían de Camilo y Javier Olarte, y aunque el demandado JAVIER OLARTE, no permanecía mucho tiempo en la oficina, cuando estaba, revisaba todo e impartía órdenes a los trabajadores, incluido el actor, a veces el señor Fabian González, que también hacía las mismas funciones de producción, por tener más experiencia, era considerado como el superior del demandante y a través de él también se le impartían órdenes; que, Javier Olarte, los regañaba y a veces los castigaban no citándolos a trabajar al día siguiente; que, IMPLEGAN, existe desde hace más de 30 años, pero, el testigo sólo comenzó a trabajar con su hermano en el 2010 y la empresa, se constituyó formalmente en el 2013; que, el demandante, tenía una cuenta de ahorros, a través de la cual se facturaban cuentas de clientes pequeños, por orden de Javier Olarte, en algunos casos era tratando de ayudar a las personas a mover cuentas, en otros casos lo hacían para reducir impuestos; que, el señor ANTONIO RESTREPO ERAZO, era tío del demandante y proveedor de IMPLEGAN; que, el actor, no vendía ningún tipo de producto fabricado o comprado por ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S, había una cuenta bancaria a nombre del demandante, pero se manejaba en la oficina, ANDERSON PEÑA, no la manejaba, los dineros se entregaban al dueño, JAVIER OLARTE, para pagar todas las cosas concernientes a la empresa; reiteró que, el demandante, no comercializaba productos directamente, era la empresa y Javier Olarte, quienes usaban su nombre para hacer ventas; que, el señor PEÑA CASTAÑEDA, trabajaba con ellos desde 2011, pero, que él pudo cometer un error en la certificación expedida en enero de 2016, donde se indicó que trabajaba para la empresa ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., desde 2011, antes de su constitución; que, respecto al salario certificado de $644.350, lo determinó por el registro de ingreso y salida de huellas, verificó el programa en su computador, sacó la información en una hoja de Excel, promedió las horas trabajadas y así obtuvo el salario; que, antes de 2013, IMPLEMENTOS GANADEROS, era el nombre reconocido, pero los productos se facturaban a nombre de Javier Olarte, Camilo Olarte, pero, la parte de ganadería no se facturaba a nombre de Javier Olarte.

IVÁN ADOLFO MUNAR, dijo conocer al demandante, porque maneja un carro y a veces le transportaba pedidos de productos que el actor, compraba en IMPLEGAN, para entregar, actividad que realizó entre 2014 y 2016; que, también transporta productos de la empresa ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., y conoce a JAVIER OLARTE, desde el año 2000; que, ANDERSON PEÑA, comercializaba los productos de la empresa IMPLEGAN, los vendía y sacaba una ganancia, eso era lo que él le comentaba cuando le trasportaba sus productos; cree que el demandante, no tenía un contrato de trabajo con ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., porque él iba casi todos los días a la empresa y no lo veía allá, además cuando preguntaba por ANDERSON PEÑA, le decían que no sabían dónde estaba, que estaba estudiando; manifestó desconocer los nombres de los clientes a los que el demandante le comercializaba los productos; que, el transporte de los productos comercializados por el actor, lo pagaba el señor Javier Olarte, con todos los demás transportes que le hacía a la empresa demandada.

MIGUEL FERNANDO SERNA, indicó que conocía al demandado Javier Olarte, desde hace bastante tiempo; que, tiene un espacio en las oficinas de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., donde atiende parte de sus negocios desde el año 2011; que, vio al demandante, varias veces en IMPLEGAN, porque vendía algunos productos de ellos, entonces que el actor llegaba y organizaba algunas cosas, las sacaba y luego se iba; que, IMPLEGAN fabrica algunas cosas o las empacan; que, en alguna oportunidad el señor Javier Olarte, le comentó acerca de la posibilidad de que el demandante, le ayudara en su trabajo de artes gráficas, pero no le interesó, porque su negocio no deja mucho margen; sabe que, los trabajadores de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., cumplían un horario normal de lunes a viernes de 8:00 am a 5:00 pm; que, comenzó a ver al demandante, primero como mensajero de otra persona, porque iba a las instalaciones de IMPLEGAN S.A.S., a llevar paquetes y luego ya lo vio en la Empresa, empacando productos y llevándose la mercancía, pero no era a diario; señaló que, JAVIER OLARTE, le comentó que ANDERSON PEÑA, retiraba algunos productos de la empresa, los vendía y luego le pagaba a IMPLEGAN.

De las pruebas antes señaladas, contrario a lo manifestado por el Juez de Primer Grado, considera la Sala, que, se encuentran debidamente probados los servicios personales que prestó el señor ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA, inicialmente a favor del señor LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, entre el 08 de agosto de 2011 y el 14 de febrero de 2013 y, a partir del 15 de febrero de 2013 y hasta el 17 de agosto de 2016, para ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., lo cual, no sólo se acreditó con la certificación laboral obrante a folio 9, la que si bien refiere como extremo inicial del vínculo laboral el 08 de agosto de 2011, fecha para la cual ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., no se había aun constituido, ni inscrito legalmente ante la Cámara de Comercio de Bogotá, sí tiene validez, para demostrar el contrato de trabajo alegado por la parte actora, pues, el señor CAMILO ANDRÉS OLARTE RUIZ, quien fuera testigo directo de los hechos fundamento de esta acción, en su declaración claramente señaló

que fue él quien contrató al demandante, desde agosto de 2011, para prestar sus servicios a favor de su hermano LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, porque IMPLEMENTOS GANADEROS, era una marca reconocida a nivel nacional desde hacía muchos años, y que, sólo hasta el 2013, cuando las entidades del Estado, dejaron de contratar con empresas del régimen simplificado, ellos se vieron en la obligación de constituir legalmente la empresa ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., sin embargo, no por ello, se puede desconocer la labor prestada por el actor, con anterioridad al 15 de febrero de 2013, cuando la Sociedad demandada, no estaba inscrita en el registro mercantil y menos aún se le puede restar valor probatorio a la certificación laboral expedida el 07 de enero de 2016, por CAMILO ANDRÉS OLARTE RUIZ, quien emitió ese documento, actuando como representante del empleador.

Respecto a los hechos expresados en los certificados laborales, ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en las sentencias SL 8360, del 8 de marzo de 1996, SL 36748, del 23 de septiembre de 2009, SL 34393 del 24 de agosto de 2010 y SL 38666, 30 de abril de 2013, que deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado, acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se ajusta a la verdad:

> *"…La fuerza de los anteriores medios de convicción que viene del hecho de que en tres ocasiones se certificara el extremo inicial del vínculo laboral, como también de que proviniera de esas dos sociedades –diferentes de por sí-, permitía infirmar y dejar sin piso la declaración que hizo el promotor del juicio en el interrogatorio de parte vertido en el Consulado General de Colombia en los Estados Unidos.*
>
> *Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:*
>
> *El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.*

En el caso bajo estudio, los demandados, por un lado, no suministraron elemento alguno de persuasión encaminado a desmentir lo consignado en la certificación laboral de folio 9, pues, las cuentas de cobro y consignaciones a nombre del demandante, no solo fueron desconocidas por

él, sino que, el testigo CAMILO ANDRÉS OLARTE RUIZ, indicó que, era una práctica común en la empresa demandada, utilizar el nombre de algunos trabajadores, para algunas ventas, algunas veces con el fin de colaborar con ellos en el movimiento de cuentas bancarias y en otras oportunidades para reducir impuestos, y que, incluso eran él y su hermano, el demandado LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, quienes manejaban las cuentas bancarias de sus trabajadores y utilizaban los dineros consignados por los compradores, para cubrir obligaciones personales y de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S; además, tampoco los testigos convocados al proceso por la accionada, señores IVÁN ADOLFO MUNAR y MIGUEL FERNANDO SERNA, fueron lo suficientemente claros, precisos ni contundentes en sus afirmaciones, como para desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST; es más, podría considerarse que de tales elementos, también se extrae la prestación de servicios del actor, a favor de las demandadas, pues, tanto las cuentas de cobro y consignaciones, como las declaraciones de los mencionados testigos, dan cuenta de la presencia del señor ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA, en las instalaciones de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., y su actividad empacando, preparando, transportando y comercializando productos de esa Sociedad.

Ahora, advierte la Sala, respecto al salario devengado por el actor, que, conforme a la tantas veces mencionada certificación laboral, éste percibía para enero de 2016, como remuneración, la suma de $644.350, valor inferior al salario mínimo legal mensual para esa anualidad, por lo que, a efectos de liquidar las pretensiones de la demanda, se tomará como salario, el mínimo legal, para cada anualidad, así: 2011 $535.600, 2012 $566.700, 2013 $589.500, 2014 $616.000, 2015 $644.350 y 2016 $689.455.

Así las cosas, por encontrarse demostrados, en el presente caso, los elementos de un contrato de trabajo, habrá de revocarse, la sentencia apelada, para en su lugar, declarar la existencia de un vínculo laboral, entre el demandante ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA y LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, del 08 de agosto de 2011 y hasta el 14 de febrero de 2013; el cual sufrió una novación, respecto al empleador, una vez constituido ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., el 15 de febrero de 2013 y que se extendió hasta el 17 de agosto de 2016; vínculo laboral, en el cual el actor se desempeñó como auxiliar de producción, con una remuneración correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad; extremo final, que no sólo se extrae del dicho del demandante y el testigo Camilo Andrés Olarte Ruiz, sino también de las cuentas de cobro obrantes de folios 69 a 86 y del indicio grave en contra de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., por no contestar la reforma de la demanda.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Previo al estudio de las pretensiones de la demanda, comoquiera que, los demandados propusieron la excepción de prescripción, se debe indicar que, por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en tres (3) años que se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, así lo predican los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, pero es susceptible de interrupción extrajudicial, por una sola vez, mediante un simple reclamo

escrito del trabajador recibido por el empleador que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo igual al señalado por la prescripción.

Así las cosas, como en este asunto, no se advierte reclamación alguna presentada por el demandante a los demandados, solicitado los derechos laborales cuyo pago pretende a través de esta acción, la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda, el 27 de octubre de 2017 (fl. 21), es decir, que operó el fenómeno prescriptivo respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2014, debiendo entonces declararse parcialmente probada esta excepción, salvo para el auxilio de cesantías, teniendo en cuenta que este término se empieza a contar a partir del día siguiente a la terminación del contrato, pues es en este momento donde surge la obligación de pagar la prestación aunque se deba consignarse al fondo anualmente; y para los aportes al Sistema General de Pensiones, por ser elementos fundamentales para la financiación y consolidación del derecho pensional.

DEL AUXILIO DE CESANTÍAS, PRIMAS DE SERVICIOS, INTERESES A LAS CESANTÍAS Y DE LA SANCIÓN POR SU NO PAGO OPORTUNO

Por regla general todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores al terminar el contrato de trabajo un mes de salario por cada año de servicio, como **AUXILIO DE CESANTÍA** (Art. 249 CST), por lo que, al no haberse acreditado el reconocimiento de las mismas en vigencia de la relación laboral; se condenará a los demandados:

1. LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, al pago de **$853.139,72**
2. ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., al pago de **$2.214.454,83**

En cuanto a la **PRIMA DE SERVICIOS,** a voces del artículo 306 del CST el demandante, tiene derecho a que su empleador le cancele 30 días de salario por año, el cual debió reconocerse en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre, reconocimiento que se hace por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado, siendo por tanto procedente ordenar, su pago; no obstante, comoquiera que, operó la prescripción de los derechos anteriores al 27 de octubre de 2014, sólo se condenará a ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., al pago de **$1.389.004,83** por este concepto.

En relación con los **INTERESES A LAS CESANTÍAS** establecidos en la Ley 52 de 1975, que corresponden a un interés a la tasa del 12% anual sobre saldos de cesantías a 31 de Diciembre de cada año o en las fechas de retiro de los empleados, al no acreditarse el pago del auxilio de cesantías a favor del actor, también procede su reconocimiento, pero, al encontrarse igualmente afectada esta prestación por el fenómeno de la prescripción, sólo se condenará a ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., al pago de **$123.649,10** y

una suma igual, esto es **$123.649,10** por su no pago oportuno, conforme al numeral 3 del artículo 2 de la Ley 52 de 1975.

VACACIONES

Como el actor no disfrutó de vacaciones durante la vigencia del contrato con ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., se le debe compensar atendiendo lo previsto en el artículo 189 del CST, lo que asciende a **$848.502,42**. Las vacaciones que no disfrutó en vigencia del contrato de trabajo con LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

SANCIÓN DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990 POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO ADMINISTRADOR

El deber de consignación de las cesantías a un fondo de Cesantías es legal y expreso pero su omisión ha de ser estudiada bajo la perspectiva de que se trata de una sanción, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del CST, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.

Así, toda vez que en el transcurso de este proceso la demandada, no presentó argumentos suficientes que permitan establecer las razones por las cuales no consignó las cesantías dentro del término legal en el Fondo autorizado, su conducta, no permite inferir que el incumplimiento de esta obligación se realizó por circunstancias ajenas a su voluntad, como para desvirtuar la mala fe, que en este caso se presume por la omisión en el pago de una obligación de orden público legalmente establecida; razón por la cual incurrió en esta sanción y por ello se condenará al pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías a un fondo de la siguiente forma:

Teniendo en cuenta la prescripción parcial declarada, corresponde como sanción por la no consignación de las cesantías de los años 2014 y 2015 la suma de **$11.210.418,33** por cuanto la mora comenzó el 15 de febrero de 2015 y se extendió hasta el 17 de agosto de 2016. Respecto al auxilio de cesantías por la proporción del año 2016, debió reconocerse a la terminación del vínculo laboral, razón por la cual su no pago debe valorarse en el reconocimiento o no de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA NO ENTREGA DE DOTACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL VÍNCULO LABORAL

El artículo 234 del CST establece que las dotaciones deben de suministrarse en especie, durante la vigencia del contrato, pues su finalidad es disminuir

los gastos en que incurren los trabajadores para adquirir la indumentaria adecuada para laborar.

La entrega de dicho elemento sólo procede para el trabajador activo, y no para aquel que se encuentre cesante, por tal motivo al desvincularse el trabajador de la Empresa, pierde la razón de ser el suministro de las prendas, pues él no puede ya utilizarlo en la labor que debía desarrollar en la empresa.

Así las cosas, el trabajador tenía la carga de la prueba de demostrar, además de los períodos en los cuales no le fue entregada, los perjuicios causados por no habérsele provisto dicha prestación y, aunque en el presente caso se allegó cotización No. C1417280 (fl. 11), donde se relaciona el costo de ropa de trabajo y elementos de protección, la misma data del 28 de abril de 2017, y no es posible corroborar que tales valores correspondan a aquellos en que incurrió el trabajador, por la no utilización de la dotación al no habérsele suministrado, ni qué clase de perjuicio tuvo; debiéndose, por lo tanto, absolver a los demandados de esta pretensión

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST

En cuanto a la presente indemnización el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece la indemnización por falta de pago si a la terminación del contrato el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo, los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor.

Frente al particular oportuno resulta recordar que esta sanción no está llamada a imponerse en forma automática, sino que por el contrario debe encontrarse acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador, quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de reconocer y pagar a su ex trabajador las acreencias laborales propias del contrato de trabajo, correspondiéndole entonces a la parte demandada acreditar que su actuar estuvo revestido de buena fe; así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en forma pacífica y reiterada jurisprudencia.

Así pues, comoquiera que, en el presente asunto, no se demostró por parte de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., el pago de las prestaciones sociales causadas a favor del actor, ni en vigencia, ni a la terminación del vínculo laboral, muy a pesar de que se adujo una relación comercial, con el exclusivo fin de negar el reconocimiento de los derechos laborales, conducta que no puede ser enmarcada como de buena fe, al tratarse de buscar un ventaja indebida, se condenará a ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., al pago

de **$22.981,83** diarios a partir del 18 de agosto de 2016 y hasta que se produzca el pago de las prestaciones sociales ordenadas, a título de indemnización moratoria, sin que proceda el pago de intereses moratorios a partir del mes 25, pues, se determinó como salario del trabajador, el mínimo legal mensual vigente.

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSION

Al respecto es de anotar que tratándose de aportes para pensión, corresponde al empleador sufragar o efectuar los mismos durante la vigencia del contrato de trabajo, para cubrir dicho riesgo hacía el futuro, donde la misma Ley (Art. 22 Ley 100/93) y la Constitución Política (Art. 48) imponen la obligación al patrono de cumplir con estas cotizaciones a la Seguridad Social y consagra éste derecho como irrenunciable, ello como quiera que la falta de pago va a redundar en perjuicio del ex empleado, al verse menguados por la omisión de su antiguo empleador, sus aportes para una futura pensión, obligación que solo cesa cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a dicha prestación ya sea por vejez, invalidez, o anticipadamente, sin perjuicio de los aportes voluntarios (Art. 17 Ley 100/93).

En todo caso, el empleador es responsable de los aportes a su cargo y de los que correspondan a sus trabajadores, por lo que debe descontar del salario de cada afiliado, al momento del pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y de las que voluntariamente y de manera expresa haya autorizado por escrito, trasladando dichas sumas a la entidad elegida, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos establecidos, respondiendo por la totalidad del mismo, aun en el evento en que no hubiere efectuado la deducción al trabajador.

En tal orden de ideas, en cuanto al riesgo de **pensión** a favor del trabajador por el tiempo laborado, teniendo en cuenta que entre la parte accionante y las accionadas existió un contrato laboral y que, ni el señor LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, ni ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., demostraron haber efectuado el pago de los aportes para pensión a un Fondo de Pensiones de los periodos correspondientes a los años 2011 a 2016, se le condenara al pago de los mismos, tomando como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, los cuales deberán consignarse a órdenes de la Administradora de Pensiones, a la cual se encuentre afiliado el demandante, previa liquidación o cálculo actuarial elaborado por aquella, así:

1. LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, del 08 de agosto de 2011 y hasta el 14 de febrero de 2013.
2. ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., del 15 de febrero de 2013 y hasta el 17 de agosto de 2016.

Finalmente, en cuanto a la **SOLIDARIDAD** que solicitó declarar la parte actora, entre los demandados, LUIS JAVIER OLARTE RUIZ y ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S. basta señalar que no se cumple con las condiciones del artículo 34 del CST, ni LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, fue vinculado al proceso como socio de ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., sino como verdadero empleador del demandante, y en tal condición deberá responder por las condenas impuestas.

Sin Costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de los demandados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida el 13 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un vínculo laboral entre el demandante ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA y LUIS JAVIER OLARTE RUIZ, del 08 de agosto de 2011 y hasta el 14 de febrero de 2013; y otro, con ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., del 15 de febrero de 2013 y hasta el 17 de agosto de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a LUIS JAVIER OLARTE RUIZ a pagar al señor ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA, las siguientes sumas y conceptos, causadas a su favor, entre el 08 de agosto de 2011 y hasta el 14 de febrero de 2013:

a. $853.139,72 por concepto de auxilio de cesantías.
b. Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que deberá consignar a órdenes de la Administradora, a la cual se encuentra afiliado el demandante, previa liquidación o cálculo actuarial elaborado por aquella, tomando como IBC, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

TERCERO: CONDENAR a ASOCIADOS IMPLEGAN S.A.S., a pagar al señor ANDERSON ALEXIS PEÑA CASTAÑEDA, las siguientes sumas y conceptos, causadas a su favor, entre el 15 de febrero de 2013 y el 17 de agosto de 2016, así:

a. $2.214.454,83 por concepto de auxilio de cesantías.
b. $1.389.004,83 por concepto de primas de servicio.
c. $123.649,10 de intereses a las cesantías.
d. $123.649,10 como sanción por el no pago de los intereses a las cesantías.
e. $848.502,42 por concepto de vacaciones.

f. $11.210.418,33 como sanción por la no consignación del auxilio de cesantías en un Fondo Administrador.
g. $22.981,83 diarios a partir del 18 de agosto de 2016 y hasta que se produzca el pago de las prestaciones sociales ordenadas en los literales a) y b) de este ordinal, a título de indemnización moratoria.
h. Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que deberá consignar a órdenes de la Administradora, a la cual se encuentra afiliado el demandante, previa liquidación o cálculo actuarial elaborado por aquella, tomando como IBC, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de todos los derechos laborales causados a favor del demandante, con anterioridad al 27 de octubre de 2014, conforme a las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de Primera Instancia que serán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500120170072002

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada Colpensiones en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARCO ANTONIO ROCHA ROBAYO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES,** y en lo no apelado el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada; no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Sandra Paola Anillo Díaz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.050.038.302 y tarjeta profesional 271.077 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Marco Antonio Rocha Robayo promueve demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, con el fin de que se declare que el demandante tenía causado el derecho a la pensión de vejez desde el 1 de enero de 2005; que se condene a la demandada a pagar los intereses moratorios desde el 1 de junio de 2015 al 1 de marzo de 2016, momento en que ingresó en nómina por primera vez al actor; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que al radicar por segunda vez solicitud de pensión de vejez ante Colpensiones el día 30 de enero de 2015, la misma fue reconocida mediante Resolución No. GNR 29396 del 27 de enero de 2016, a partir del 30 de enero de 2012, en cuantía inicial de $918.584.

Que interpuesto el recurso de apelación en el cual se solicitó el pago de los intereses moratorios, mediante Resolución No. VPB 17909 del 18 de abril de 2016, se confirmó la decisión inicialmente adoptada.

Refiere que Colpensiones se tomó mas de 10 años en darse cuenta que el accionante si tenía el tiempo cotizado necesario para adquirir la prestación, y que este, perdió el derecho a la mayoría del retroactivo pensional por desconocimiento del fenómeno jurídico de la prescripción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada Colpensiones, dio contestación en escrito visible a folios 76 a 81 del expediente, en donde se opuso a todas las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos, y propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, ordenó a la demandada Colpensiones el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de enero de 2012 al 1 de marzo de 2016, a la tasa máxima moratoria vigente al momento en que se efectúe el pago, condenándola adicionalmente en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada Colpensiones interpone recurso de apelación, solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, aduciendo que lo dispuesto por el a quo desconoce que la entidad actuó conforme derecho, toda vez que al accionante mediante resolución se le dispuso el reconocimiento del pago de la pensión de vejez, y de los retroactivos pensionales correspondientes, con la aplicación de las normas jurídicas de prescripción, no pudiendo desconocerse que el demandante realizó su solicitud pensional el 30 de enero de 2015, siendo dicha fecha, en que adquirió su estatus personal.

Adicionalmente, que tampoco puede desconocerse la normativa frente a la prescripción evidenciada en la decisión tomada por el a quo, siendo pertinente estudiarse lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no resultando procedente el pago de los intereses moratorios pretendidos; tampoco del retroactivo, pues la ley no lo permite, ya que proceden en la mora en el pago de las mesadas pensionales.

Refiere que debe tenerse en cuenta que Colpensiones siempre ha actuado de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En término, Colpensiones allega alegatos de conclusión solicitando se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto actuaron de buena fe y dando estricto cumplimiento al pago del retroactivo reclamado en los tiempos oportunos y contempladas por las disposiciones legales.

A su vez, la parte actora solicitó confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta lo expuesto en el transcurso del proceso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe a establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de enero de 2012.

DEL ESTATUS DE PENSIONADO

Previo a realizar el estudio de si procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es necesario establecer que una vez revisadas las documentales allegadas al plenario, pudo corroborarse que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones mediante Resolución GNR 29396 del 27 de enero de 2016, dispuso reconocer el pago de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 30 de enero de 2012, por valor inicial de $918.584, indicando además, que la prestación sería ingresada en la nómina del periodo 201602 junto con el retroactivo, de haber lugar a ello.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece, el plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces

surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspectos haya realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.[1]

En el presente asunto, se tiene que al señor Marco Antonio Rocha Robayo mediante Resolución No. 031685 de 2004 se le negó la prestación por vejez solicitada ante el Instituto de Seguros Sociales – ISS, al no cumplir con el requisito de las semanas cotizadas; que posteriormente, mediante Resolución No. 049030 del 27 de octubre de 2009 se le niega nuevamente por parte del Instituto de Seguros Sociales – ISS la prestación por improcedente, aduciendo que no cumplía con el mínimo de semanas cotizadas para efectos de la obtención de tal pensión, al encontrarse que toda su vida laboral aportó un total de 932 semanas, de las cuales 119 fueron cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Asimismo, el demandante Marco Antonio Rocha Robayo presentó nuevamente la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez el **30 de enero de 2015**, tal y como consta en el documento denominado "*GRP-FSP-AF-2015_798604-20150130160722*" obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético, solicitud que fue resuelta mediante la Resolución GNR 29396 del **27 de enero de 2016**, en la que se dispuso que el disfrute de dicha prestación sería a partir del 30 de enero de 2012 en cuantía inicial de $918.584, reconociendo inclusive, que el lleno de los requisitos fueron cumplidos por el accionante desde el año **2004,** habiendo sido presentada la demanda el **13 de julio de 2017,** como consta en acta de reparto visible a folio 42.

Entonces, en el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que el

---

[1] La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

demandante estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada demoró el reconocimiento con el argumento de que no cumplía con el requisito mínimo de semanas cotizadas, admitiendo que en efecto, el lleno de los requisitos se cumplió en el año 2004. Aspecto que así, visto lejos de mostrarse confuso y justificativo de su omisión, comportaría su imposición desde el **30 enero de 2012** como acertadamente lo dispuso el a quo, habida cuenta que, como se indicó previamente, el lleno de los requisitos se cumplió en el año 2004, por lo que no deben contarse nuevamente los 4 meses a partir de la solicitud efectuada en el año 2015, pues, se reitera, para esa primera oportunidad en que se elevó la solicitud, ya tenía causado el derecho.

Entonces, es del caso ordenar su pago desde el momento en que Colpensiones dispuso el disfrute de la prestación, esto es, a partir del **30 de enero de 2012,** por cuanto las mesadas anteriores ya se encontraban prescritas, y hasta el **29 de febrero de 2016,** pues para dicho periodo se ingresó al accionante a nómina, la cual se pagaría a partir del periodo de marzo de 2016.

Por lo expresado, y de acuerdo a la liquidación efectuada por el liquidador de esta corporación, la cual se adjunta y hace parte integral de esta providencia, los intereses moratorios causados ascienden a la suma de $27. 519.581,00.

En consecuencia, una vez expuesto lo anterior, esta corporación modificará el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, frente a la fecha hasta la que se causaron los intereses moratorios, siendo ello hasta el 29 de febrero de 2016, y se adicionará al mismo, el valor que se fijará para dicha condena, por cuanto el a quo no cuantificó la misma.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

No hay lugar a su declaratoria, comoquiera que esta demanda se formuló dentro del término trienal con el que contaba el demandante una vez enterado de la Resolución GNR 29396 del 27 de enero de 2016, confirmada a través de la Resolución VPB 17909 del 18 de abril de 2016, habiéndose radicado la demanda el 13 de julio de 2017, máxime, cuando las pretensiones de la misma se encuentran encaminadas al pago y reconocimiento de los intereses moratorios desde el 1 de junio de 2015 hasta el 1 de marzo de 2016, de ahí que no interesa para efectos de la prosperidad de esta excepción, las condenas efectuadas ultra y extra petita, facultades con las que cuenta el juez laboral de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR al ordinal primero de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró Marco Antonio Rocha Robayo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el cual quedará así:

> *"(…) Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre todas y cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 30 de enero de 2012 y hasta el 29 de febrero de 2016, los cuales ascienden a la suma de $27.519.581,00, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (…)".*

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de $1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501820170077401

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Sanción por la no consignación de cesantías.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el curador ad-litem de la demandada GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., en contra de la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS ALFREDO FLÓREZ CAMPOS** en contra de **GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A.** y **MARÍA BLANCA CARRANZA DE CARRANZA.**

ANTECEDENTES

CARLOS ALFREDO FLÓREZ CAMPOS promovió demanda ordinaria laboral contra GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A. y solidariamente contra MARÍA BLANCA CARRANZA DE CARRANZA, para que, se condene a los demandados, al pago del auxilio de cesantías causado entre noviembre y diciembre de 2013, sobre un valor de $1.000.000, que no fueron cancelados ni consignados en un fondo, así como, al pago de los intereses sobre las cesantías de noviembre y diciembre de 2013, y los correspondientes a los años 2015 y 2016; que, se condene a las demandadas, al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, junto con los aportes parafiscales a Caja de Compensación familiar, desde noviembre de 2013 y hasta junio de 2014; que, se ordene el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, pactó con los demandados, un contrato de trabajo a término indefinido, que

comenzó el 01 de noviembre de 2013 y se extendió hasta el 15 de noviembre de 2017, para ocupar el cargo de jefe de seguridad, devengando como salario la suma de $1.000.000; que, durante los meses de noviembre y diciembre de 2013, así como de enero a junio de 2014, no le cancelaron los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, tampoco lo afiliaron a una Caja de Compensación Familiar, ni le consignaron el auxilio de cesantías de 2013, menos aún los intereses a las cesantías correspondientes a los años 2013, 2015 y 2016.

Refirió que, el 15 de junio de 2017, presentó derecho de petición, dirigido a los demandados, solicitando la liquidación y pago inmediato de las cesantías e intereses reclamados; que, el 12 de septiembre de 2017, le solicitó al Ministerio del Trabajo, que citara a sus empleadores, a efectos de celebrar un acuerdo de conciliación; que, la audiencia fue fijada para el 02 de octubre de 2017, sin que la parte demandada, se presentara, por lo que, ante el incumplimiento de los accionados, en el pago de los derechos laborales, el 15 de noviembre de 2017, presentó carta de renuncia (fls. 4-24).

REFORMA DE LA DEMANDA

El demandante, presentó escrito de reforma a la demanda, en cuanto a las pretensiones, solicitando, que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 01 de noviembre de 2013, vigente hasta la presentación del escrito de reforma; que, se declare el despido sin justa causa; que, se condene a GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A. a pagar el valor total en dinero de las dotaciones durante toda la relación laboral, así como, al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, pensión, Riesgos Laborales y Caja de Compensación Familiar; que, se condene a GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido sin justa causa y las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicitó que se condene a GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A. a pagar la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En cuanto a los hechos, aclaró que el contrato de trabajo fue celebrado con GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., entre el 01 de noviembre de 2013 y el 15 de noviembre de 2017; que, además de no cancelarle los aportes al Sistema de Seguridad Social y Caja de Compensación Familiar, entre noviembre de 2013 y junio de 2014, tampoco le consignó las cesantías de noviembre y diciembre de 2013, ni los intereses de las cesantías por los años 2013, 2015 y 2016, y menos aún le suministro dotaciones durante la vigencia de toda la relación laboral, por lo que, asegura tiene derecho al pago de las pretensiones incoadas (fls. 86-94).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

Los demandados GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A. y BLANCA CARRANZA DE CARRANZA, comparecieron al proceso mediante curador ad-litem, quien dio contestación en término a la demanda y su reforma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, conforme a la ausencia de pruebas en el expediente; propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretende deducir en juicio, cobro de lo no debido, compensación y prescripción (fls. 82-85 y 101-107)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de diciembre de 2019, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., desde el 01 de noviembre de 2013 y hasta el 15 de noviembre de 2017; condenó a GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., al pago de $17.837.654, como sanción por la no consignación de las cesantías, $138.376 de intereses a las cesantías, así como al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones causados entre el 01 de octubre y el 15 de noviembre de 2017, sobre un salario de $1.153.139, a la AFP PORVENIR S.A., previo cálculo elaborado por esa misma Administradora; absolvió de las demás pretensiones a la GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A. y MARIA BLANCA CARRANZA CARRANZA; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el curador ad litem de la demandada, interpuso recurso de apelación, respecto al no pago oportuno de las cesantías, por considerar desproporcionada la condena impuesta, respecto al monto del auxilio de cesantías que fue consignado por la parte accionada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la parte demandante, solicitó que se confirme la sentencia de Primera Instancia, por tratarse de derechos ciertos, reales e indiscutibles; que, los aquí demandados, han actuado de mala fe, frente al cumplimiento de las obligaciones patronales, como también sus obligaciones frente a la respuesta del llamado por la Justicia, pese a que fueron notificados en debida forma y se encuentra representado por un curador ad litem, quien fue quien apeló la decisión de Primera Instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el curador ad litem de la demandada GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al imponerle a esa accionada la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías en un Fondo.

DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN UN FONDO - NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990

Rechaza el curador ad litem de la demandada GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S.C.A., la condena impuesta por el Juez de Instancia, como sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, alegando que, resulta excesiva frente al valor mismo del auxilio de cesantías.

En cuanto a la presente indemnización, oportuno resulta recordar que no está llamada a imponerse en forma automática, sino que por el contrario debe encontrarse acreditada la mala fe en la conducta desplegada por el empleador, quien en forma deliberada y caprichosa se sustrajo de realizar la consignación de las cesantías en los términos ordenados en la norma, la cual le impone la obligación de consignar en una Administradora de fondos, el auxilio de cesantías, causado a 31 de diciembre de cada anualidad determinando un límite temporal que no puede exceder del 14 de febrero siguiente.

En el presente caso, milita a folios 32 y 95 certificación expedida por la AFP PORVENIR S.A., de donde se extrae, como acertadamente indicó el a-quo, que el auxilio de cesantías del año 2015, el cual debió consignar la demandada a más tardar el 14 de febrero de 2016, sólo fue cancelado por ésta, el 01 de junio de 2017, hecho además confirmado por el demandante, al absolver interrogatorio de parte, razón por la cual resulta ajustada la decisión del Juez de Instancia, en cuanto ordenó el pago de la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; sin embargo, revisada su liquidación, advierte la Sala, un error aritmético, pues, la misma se liquidó con el último salario devengado por el actor, esto es, $1.153.139, cuando debió serlo con el correspondiente al año 2015, que, de acuerdo al dicho del mismo trabajador (pretensión 7 reforma fl. 89) y como se extrae de las certificaciones ya mencionadas y la relación de pagos de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (fls. 29-30), ascendía a la suma de $1.000.000.

Así las cosas, se modificará el literal a) del ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S. C. A., a pagar a favor del demandante CARLOS ALFREDO FLOREZ CAMPOS, la suma de $15.500.000, como sanción por el no pago oportuno del auxilio de cesantías correspondiente al año 2015; tomando para obtener dicho valor, un salario diario de $33.333 y 465 días de mora, entre el 15 de febrero de 2016 y el 01 de junio de 2017.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por el curador ad litem de la demandada GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S. C. A.

Sin costas en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal a) del ordinal segundo de la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2019, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a la demandada **GANADERÍA BRISAS DE AGUALINDA S. C. A.**, a pagar a favor del demandante **CARLOS ALFREDO FLÓREZ CAMPOS**, la suma de $15.500.000,oo como sanción por el no pago oportuno del auxilio de cesantías correspondiente al año 2015, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

-DC-

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501920170079201

En Bogotá D.C., hoy treinta y un (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Reintegro – Estabilidad laboral reforzada-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARTHA JEANNETTE CUELLAR FAJARDO** en contra de **ADMIASEO LTDA.**

ANTECEDENTES

Martha Jeannette Cuellar Fajardo promueve demanda ordinaria laboral en contra de Admiaseo Ltda, con el fin de que se declare la ineficacia del despido efectuado por el empleador, y en consecuencia, se le condene al pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones; al pago de los aportes a la caja de compensación, al pago de los salarios dejados de percibir, al pago de la indemnización de que trata el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 por el no pago de aportes a parafiscales y seguridad social en salud, al pago de la indexación correspondiente, a lo ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, relató que fue contratada por la demandada Admiaseo Ltda, en el cargo de aseadora y de servicios generales, en la ciudad de Bogotá el día 1 de noviembre de 2005.

Que para el 1 de octubre de 2012, fue diagnosticada por su EPS con linfoma no hodking, nodular y otros trastornos de los discos intervertebrales, posterior metástasis en el abdomen, tórax y cuello, con posteriores tratamientos de quimioterapia y radioterapia, entre otros.

Refiere que la demandada terminó la relación laboral cuando se encontraba en periodo de incapacidad, y sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo, razón por la cual, la EPS retiró la atención, al haber sido desvinculada por parte de Admiaseo Ltda.

Asimismo, que adelantó todas las acciones correspondientes a fin de que fuera calificado su porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, el cual inicialmente arrojó un 50,12%, sin embargo, que al ser resuelto el recurso de apelación propuesto por Protección S.A., le fue asignado un porcentaje inferior, correspondiente al 37,16%, no siendo posible acceder a la pensión por invalidez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en término dio contestación con escrito de folios 208-2015, en donde se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con la terminación de la relación laboral, la desvinculación a la EPS, y lo relacionado a la comunicación en la cual se le manifestó que el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud procedía hasta los 180 días que cubren su incapacidad. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, cumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de la demandada, prescripción, y buena fe del extremo pasivo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de febrero de 2020, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió absolver a la demandada Admiaseo Ltda de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido, y no probadas las demás, sin costas, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la actora en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte actora interpuso recurso de apelación, conforme los siguientes argumentos:

> *"Señoría, este estrado judicial argumenta que efectivamente no se demostró que la desvinculación de la señora Martha Cuellar haya sido responsabilidad de Admiaseo Ltda, y que por el contrario, ella en el interrogatorio de parte y en la prueba documental allegada acepta que efectivamente renunció a la empresa. Me permito precisar frente a este punto en particular, que efectivamente y como es costumbre de la empresa demandada, se hizo firmar un formato que la señora Martha Cuellar siempre solía firmar para la empresa una vez terminaba cada año laboral, por lo que a ella no le generó ningún tipo de suspicacia, o ningún tipo de inconformidad frente a la firma que allí expuso; obviamente no se puede tachar de falso el documento porque es la*

firma impuesta por la señora Martha, sin embargo, las precisiones que hace el documento en la liquidación, no pueden por ende, hacer presumir que la señora Martha haya renunciado voluntariamente. Cuando yo hice la pregunta en el interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada, sobre de que manera había renunciado la señora Martha, simplemente manifestó que de manera verbal. Resulta que dentro del interrogatorio de parte también la señora Amanda manifiesta que ella iba a hablar con su abogado para determinar las acciones a seguir, mas nunca sostuvo de que manera o con que frase, o bajo que argumento la señora Martha renunciara a la empresa, además, como se manifestó en este estrado judicial de parte de mi cliente, la señora Martha es madre cabeza de hogar, que para el momento de la desvinculación contaba con 2 hijos menores de edad y con toda esta odisea jurídica, que inició a través del Ministerio del Trabajo que culminó con dos acciones de tutela importantes para el tema de salud de la señora Martha, nunca se dio por determinado que ella renunciara, fue ella quien a través de las acciones de tutela lo puso de precedente, para que el juez de tutela le concediera el derecho y el reintegro respectivo, y hoy a través de este proceso ordinario lo que se busca precisamente, es que el juez considere la ineficacia de esa renuncia. Ahora bien, como eventualmente las sentencias de la Corte Constitucional y en la Honorable Corte Suprema de Justicia han dispuesto respecto de la estabilidad laboral reforzada, este despacho debe tener en cuenta que independientemente de la realidad del proceso, también se debe estudiar la realidad de cada una de las partes su señoría, estamos en la constitucionalidad del derecho, y por eso los precedentes jurisprudenciales son tan importantes. Veamos, es una persona cabeza de hogar con dos menores de edad para el momento de la desvinculación, no tenía ningún otro ingreso ni familiar ni económico que le prestara ayudas para ella solventar toda su crisis médica, sumado a que era su único medio de sustento para la época de los hechos su señoría, entonces tenemos que tener en cuenta que se debe declarar la invalidez de toda la desvinculación laboral, por cuanto ella no dio autorización para su desvinculación, sumado a que todas las cartas a partir del mes de enero, cuando se supo de la desvinculación fueron atinentes a recuperar su trabajo. De esta manera su señoría, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la presunción de desvinculación laboral discriminatoria, cuando el despido se hace sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, y por ello se hace necesario presumir que la terminación de ese contrato se fundó única y estrictamente en la enfermedad del empleado, en la medida que es una carga desproporcionada, y ajustado a la realidad, la señora Martha venía con incapacidades constantes durante todo el año 2014 y parte del 2015, entonces no es cierto lo que dice la demandada, en el sentido de indicar que ella abandonó el cargo como lo manifestaron en los alegatos de conclusión, nunca fue así, por lo contrario, las incapacidades fueron reconocidas y tenidas de presente por Admiaseo Limitada, como pues, en este estado de la diligencia se puede decir señoría, que realmente hubo renuncia. La empresa Admiaseo si bien es cierto que pagó algunas de las indemnizaciones de las incapacidades que le fueron otorgadas por la respectiva EPS, mo asumió toda la carga laboral respectiva, y estoy hablando del año 2014 señoría, entonces de buena fe las pagó señoría, o la vinculación se terminó, o que fue lo que pasó, aquí hay muchos interrogantes y se debe tener en cuenta, que en razón al estado de vulnerabilidad en que

se encuentra el trabajador, que tiene alguna discapacidad física, sensorial y psíquica, o cualquiera de las condiciones médicas que aquí se acosan, como es un cáncer tan agresivo, del cual padece mi mandante, no se puede determinar que la carga de la prueba sea estrictamente a cargo de la parte demandante, sino por el contrario, es el empleador quien debe demostrar que obró de buena fe en todas las actuaciones, que tuvo motivos distintos e incluso, de no discriminación frente al empleador, que en efecto eso fue lo que surtió, que hubo en la desvinculación para demostrar que no fue abusiva".

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora remitió alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, refiriendo que era costumbre de la demandada liquidar anualmente a su personal, y la anotación frente a la renuncia voluntaria no versa con puño y letra de la activa, considerando que la información fue plasmada de mala fe.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la instancia previa las siguientes

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte actora, la sala determinará si **i)** efectivamente la señora Martha Jaennette Cuellar Fajardo fue despedida, **ii)** de ser afirmativo, si dicha circunstancia ocurrió cuando la misma era sujeto de estabilidad laboral reforzada y por ende, si el despido es ineficaz. Lo anterior, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA ESTABILIDAD LABORAL.

Sea lo primero señalar que históricamente, aquellas personas que presentan algún tipo de limitación física o sensorial o que se encuentran en situación de discapacidad han encontrado obstáculos para interactuar e integrarse a la vida social y laboral, por consiguiente, a fin de contrarrestar esa desventaja y garantizar su inclusión, el Estado a través de una serie de políticas a adoptado distintas leyes y normas, a fin de promover su participación en los distintos ámbitos de la sociedad.

Así pues, como producto de lo anterior, la Ley 361 de 1997 adoptó mecanismo de integración social y acciones afirmativas, encaminadas a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en condición de discapacidad, específicamente en el ámbito laboral, esto con el fin de proteger a los trabajadores en las diferentes etapas de la relación. Al respecto, el artículo 26 de la ley en comento, prevé:

"Artículo 26: Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

En atención a la norma traída a colación, se puede establecer que la protección allí consagrada, opera en las diferentes fases del vínculo laboral y su finalidad no es otra que la de salvaguarda al trabajador que ostente la condición de discapacidad, a fin de no ser separado de su cargo, y en caso de que ocurra el despido, el mismo sea declarado ineficaz procediendo así su reintegro, además de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Sobre el puntual, la H. CSJ - Sala de Casación Laboral, al interpretar la disposición referida ha señalado que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad, pues en relación con los artículos 1º y 5º de la citada ley, la protección procede para aquellos trabajadores que padecen de un grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%); severa (mayor del 25% y menor al 50%) o profunda (mayor del 50%). (SL- 35606, SL-39207, SL-67595, SL-53394, SL-61708, entre otras).

Por consiguiente, en distintos pronunciamientos del alto tribunal, ha establecido que es necesario que el trabajador cuente al momento del despido, por lo menos con un 15% de pérdida de la capacidad laboral, pues para efectos de esta ley no tienen la condición de personas en condición de discapacidad, aquellos que su afectación está comprendida en el grado menor a la de moderada. Lo anterior debido a que, se fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda, a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la protección, conforme a la normativa vigente para la época de los hechos.

Por otro lado, la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, también señaló que la garantía referida es predicable; "*de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho".*

En esa medida, en el caso bajo análisis, para que tuviera lugar la protección derivada de la norma, era necesario que para el momento de la terminación unilateral del contrato, el trabajador presentara una discapacidad física, psíquica o sensorial de carácter moderada, esto es, que se encontrara dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral al menos igual o superior al 15%, o presentar algún tipo de afectación que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores, situaciones que no se encontraron probadas a juicio de la primera instancia, por lo que determinó que no era posible que se activara la protección aludida, tópico que no es cuestionado por el censor en los cargos.

Cabe aclarar que la estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (persona en situación de discapacidad física o mental, o mujer en estado de embarazo, etc.). Dicha protección, entonces, **no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia de *"un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado"***. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores.

Quiere decir lo anterior, que el trabajador en un estado de debilidad manifiesta, debe permanecer en su puesto mientras no se presente una causa objetiva y justa para su desvinculación.

Ahora y previo a establecer si la demandante gozaba de la estabilidad laboral reforzada que aquí alega, deberá en primera medida, establecerse si la misma fue despedida por el empleador, o si por el contrario, la misma renunció a su puesto de trabajo, tal y como lo aduce la pasiva.

Frente a lo que aquí interesa, indicó la señora Martha Jaennette Cuellar una vez absuelto el interrogatorio de parte, que no renunció a la empresa demandada al no tener motivos para ello, y que, al haber presentado acción de tutela, se enteró que la pasiva en el trámite adujo que la empleada había renunciado, tal y como constaba en un documento con el que se contaba, situación que la tomó por sorpresa. Por otra parte, admite la actora haber firmado la liquidación de prestaciones sociales el 1 de abril de 2014, la cual hacía referencia a la renuncia voluntaria, sin que se hubiese percatado de tal anotación.

En cambio, la representante legal de Admiaseo Ltda refirió en el interrogatorio de parte que la señora Cuellar Fajardo tomó la decisión de no continuar laborando para la empresa, sin que hubiese expresado sus

argumentos, sin embargo, que todo apuntaba a que por encontrarse laborando no le tramitaban su solicitud de pensión. Asimismo, indicó que la renuncia se efectuó verbalmente.

Al respeto, obra liquidación de prestaciones sociales de fecha 1 de abril de 2014 visible a folio 92 del plenario, donde consta anotación de: "*motivo de retiro: renuncia voluntaria*", la cual se encuentra firmada por la señora Martha Jaennette Cuellar, sin que exista debate alguno de que la firma allí impuesta sea de la misma demandante, y sin que obre documental alguna en la que se constante que la terminación del contrato se dio por decisión unilateral del empleador.

Es claro para esta corporación que le correspondía a la parte actora demostrar el hecho de despido, sin que en el presente caso repose acervo probatorio alguno que dé cuenta de ello.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sala de Descongestión No. 1 en Sentencia SL064-2020, Mag. Ponente Dra. Dolly Amparo Caguasango Villota reiteró lo dispuesto en la providencia CSJ SL-592-2014, en donde se explicó que:

> *"(…) En principio, a cada parte le corresponde demostrar las afirmaciones o las negaciones que hace como fundamento de sus pretensiones o excepciones. Así lo preceptúa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, Por supuesto, hay normas de derecho que excepcionalmente exoneran a las partes de acreditar hechos o negaciones, como es el caso de las presunciones y las negaciones indefinidas, para solo traer dos ejemplos.*
>
> *En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión (…)".*

Si bien pone de presente la recurrente que mediante las acciones de tutela presentadas por la señora Cuellar dio cuenta del despido unilateral por parte del empleador, lo cierto es que las mismas no resultan suficientes para acreditar tal situación.

En consecuencia, al no haber cumplido la parte demandante con la carga de la prueba que le correspondía, y al no existir certeza de que la terminación del vínculo laboral se hubiese dado por decisión unilateral del empleador, máxime cuando cuenta el trabajador que goza de la estabilidad laboral reforzada con la potestad para renunciar como cualquier otro trabajador a su cargo, se hace forzoso confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por Martha Jaennette Cuellar Fajardo en contra de Admiaseo Ltda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Fíjese como agencias en derecho una suma de $100.000.oo, en favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado