



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS ÁLVARO GRACIA GARCÍA
Demandada: DIACO S.A. Y OTRAS
Radicado No.: 05-2017-00150-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- GRADO
JURISDICCIONAL DE CONSULTA- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Álvaro Gracia García, instauró demanda ordinaria contra Exela BPO S.A., Diaco S.A. y Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con el propósito de que se declare con la primera de las demandadas que existió un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra desde el 3 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014, para ser enviado como trabajador en misión a Diaco S.A. Así mismo, pidió que se revoque el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y en su lugar se declare el origen laboral de la enfermedad que padece, además, que al momento del despido se encontraba protegido por el fuero de estabilidad laboral.

Como consecuencia de las pretensiones de orden declarativo expuestas pretendió como condenatorias que se ordene a Exela BPO S.A. y Diaco S.A. el reintegro a un cargo igual o mejor categoría al que desempeñaba al momento de terminación ilegal e injustificada del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios, prima de servicios, cesantía y sus intereses, vacaciones y aportes al subsistema de seguridad social en pensión dejados de percibir, indemnización correspondiente a 180 días de salario, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 3 de noviembre de 2013 fue vinculado mediante un contrato de obra o labor por la sociedad Exela BPO S.A., empresa dedicada al outsourcing de personal, para desempeñar trabajos en misión relacionados con el mantenimiento de planta de laminación. Indicó que percibía la suma de \$1.200.000, además, que fue enviado a la sociedad Diaco S.A., para ese mismo fin. Explicó que en enero de 2014 comenzó a presentar vértigo, pérdida de equilibrio y molestias auditivas, por lo que solicitó cita médica prioritaria con el especialista en otorrinolaringología, quien lo diagnosticó con hipoacusia neurosensorial bilateral por exposición al ruido en ejecución de sus labores, siendo remitido a medicina laboral, para la calificación de la enfermedad.

Advirtió que las demandadas tenían pleno conocimiento de que sufría dicha enfermedad, que a causa de ello se encontraba en tratamiento médico y estaba adelantando calificación de su patología ante la EPS; sin embargo, manifestó que su

empleador le notificó el 30 de noviembre de 2014, la terminación del contrato de trabajo con justa causa, aduciendo la finalización de la obra o labor contratada. Precisó que la verdadera causa que motivó el finiquito laboral lo fue por su estado de salud, ya que la obra no culminó, máxime cuando no fue autorizado su despido por parte del Ministerio de Trabajo.

De otro lado, adujo que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, determinó mediante el dictamen No. 79044916 el origen laboral de la enfermedad que le fue diagnosticada, decisión que fue modificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen del 5 de septiembre de 2016, determinado que la patología tiene un origen común, desconociendo por completo la relación directa entre las actividades ejecutadas y la patología. (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, págs. 1 a 10).

2. Contestación de la demanda

2.1. Diaco S.A. Al momento de descender el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que con el actor no ha existido vínculo laboral, ni de otra naturaleza, además, las actividades contratadas con Exela BPO S.A., referentes a mantenimiento de maquinarias y equipos, no tienen relación alguna con el objeto central de su negocio, razón por la cual no hay lugar a la responsabilidad solidaria deprecada en los términos del artículo 34 del C.S.T. Frente a los supuestos fácticos no aceptó ninguno de estos y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, falta de título y causa, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 07ContestacionDemandaDiaco, págs. 153 a 160).

2.2. Exela PBO S.A. En respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, a excepción de la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor que suscribió con el actor entre el 4 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014, quien devengaba la suma de \$1.200.000. Adujo que es una organización outsourcing de procesos empresariales, por lo que no es un simple intermediario, tampoco realiza intermediación laboral, ni envía trabajadores en misión, de allí que la culminación de la relación laboral se dio con motivo de la finalización de la obra o labor para la que fue contratada, fecha en la que no se encontraba incapacitado, tampoco tenía calificada la pérdida de capacidad laboral, ni limitaciones para desempeñar su labor habitual, en tanto que no contaba con restricciones ni recomendaciones médicas.

Aceptó los hechos enlistados en los numerales 2º, 3º y 13º, relacionados con qué el actor fue afiliado al sistema de seguridad social integral y como consecuencia de la labor ejecutada por aquel, devengó la suma de \$1.200.000, además que, mediante dictamen del 5 de septiembre de 2016, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el origen de la enfermedad es común. Respecto de las demás situaciones fácticas señaló no ser ciertas o no constarle y formuló las excepciones de fondo que denominó pago, falta de causa, cobro de lo no debido, inexistencia de intermediación y solidaridad, prescripción, buena fe, mala fe del demandante, inexistencia de la obligación por falta de interés para pedir, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 09ContestacionExelaBPO, págs. 1 a 13).

2.3. Junta Nacional de Calificación de la Invalidez. Notificada en debida forma, dio respuesta a la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda. Frente a los supuestos fácticos aceptó parcialmente el hecho 13º y en su integridad el enlistado en el numeral 14º del libelo demandatorio, señalando que resolvió en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por la ARL Sura, calificación que tuvo como

propósito determinar el origen de la enfermedad denominada Hipoacusia Neurosensorial bilateral. Indicó con base en la historia clínica y exámenes médicos del actor, el origen común de la patología. Como medio de defensa formuló la excepción previa de falta de integración de litis consorcio necesario respecto a Colpensiones y ARL Sura y como de mérito las de legalidad de la calificación expedida por la Junta, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia de la favorabilidad respecto a la calificación médica ocupacional, inexistencia de conflicto normativo, falta de legitimación por pasiva, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 12ContestaciónJunta, págs. 1 a 22).

3. Contestación demanda y llamamiento en garantía. La Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa en un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, esgrimiendo que de ninguna manera participó en las supuestas relaciones laborales celebradas entre el actor y las codemandadas, sin que evidencie la existencia de deuda pendiente a favor de este, ni responsabilidad solidaria por el supuesto despido injustificado por la aparente estabilidad reforzada. No le constó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de mérito que denominó pago total, inexistencia de despido injusto y estabilidad laboral reforzada.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo que la póliza de responsabilidad civil extracontractual núm. 535-74-99400000223, tiene como objeto principal el cubrimiento de perjuicios patrimoniales exclusivamente por hechos que originen la responsabilidad civil extracontractual por las labores tendientes a la ejecución del contrato de construcción amparado, por ende, no cubre responsabilidad contractual ni patronal. En lo que hace a la póliza de cumplimiento indicó que tiene como objeto cubrir al asegurado de cualquier perjuicio derivado por el incumplimiento de las acreencias laborales, situación que no es la motivación de la acción judicial incoada.

Como excepciones de fondo formuló las excepciones de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, inexistencia de la obligación porque el hecho en que basa la demanda no es objeto de la cobertura de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual y de cumplimiento, delimitación contractual de la póliza e inexistencia de la obligación de la aseguradora solidaria. (Expediente digital, PDF 15ContestaciónAseguradora, págs. 1 a 13).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de junio del 2022, en la que el fallador declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y, en tal virtud, absolvió a las encartadas y a la llamada en garantía, de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra, sin gravar en costas al actor.

Para arribar a tal decisiva, se propuso verificar el origen y porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor, y si para el momento de la finalización del contrato de trabajo que existió entre el trabajador y Exela BPO S.A., se encontraba cobijado por la garantía de estabilidad laboral reforzada por limitación física, además, si Diaco S.A. es solidariamente responsable y, por ende, si la llamada en garantía debe asumir responsabilidad alguna. Con tal propósito, lo primero que advirtió fue la falta de discrepancia en torno a la celebración de un contrato de trabajo de obra o labor determinada entre Luis Álvaro Gracia García y Exela BPO S.A., sus extremos temporales y salario, precisando que su existencia no fue desconocida por las partes.

En esa medida, respecto de la nulidad de dictamen solicitado, consideró que no había discusión respecto a que al demandante se le calificó el origen común de la enfermedad

denominada hipoacusia neurosensorial bilateral, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Indicó que si bien el trabajador manifiesta que debió ser calificada como de origen laboral, lo cierto es que dentro del trámite procesal decretó dictamen pericial ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, misma que determinó el origen común de la patología, con fecha de estructuración 12 de junio de 2020 y porcentaje del 11.50%.

Respecto de los dictámenes periciales indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL711-2021 señaló que no son pruebas solemnes y por tanto el operador judicial "*puede echar mano, bajo el principio de la libre valoración probatoria, de los dictámenes y conforme al conjunto de las pruebas establecer si efectivamente coge uno y otro dictamen*". Preciso que como la discusión estriba en "*si acogemos el origen profesional señalado en dictamen de abril de 2016 o origen común señalado en dictamen de 2020*", el sustento del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez ofrece mayor relevancia probatoria, teniendo en cuenta que se respalda en el análisis de puesto de trabajo, en el que se determinó que los decibeles eran inferiores al máximo permitido en el área de labor.

Reprochó que el promotor del litigio no haya probado en el proceso que no solo el taller de mantenimiento era su centro de trabajo principal, sino, donde efectivamente se le estaba requiriendo, fundamentalmente en áreas en las que, si superara los decibeles máximos permitidos, por lo que debía darle mayor eficacia probatoria al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y, por tanto, mantener el origen común de la enfermedad. Preciso que el origen de la enfermedad no tiene relevancia para analizar el problema jurídico relacionado con la estabilidad laboral reforzada, pues si ostenta tal condición, independiente del origen, es sujeto de igual protección.

En relación con ese tópico hizo notar que existen dos criterios jurisprudenciales actuales relacionados con el tema de la estabilidad laboral reforzada, por un lado el de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., quien exige tres requisitos para que la persona sea beneficiaria de esta protección, a saber, discapacidad superior al 15%, que el empleador conozca de tal situación y que la relación laboral haya finalizado por razón de su discapacidad que se presume, salvo que medie una causa objetiva. Frente a ello, dijo que, aunque el empleador tuvo conocimiento de la patología que padece el actor, aquel no reunía los demás requisitos, ya que le fue calificada una mengua laboral inferior a dicho porcentaje, además, la finalización del vínculo laboral se dio en razón a una causa objetiva, situación que advirtió de la comunicación que remitió Diaco S.A. a su empleador, a través de la cual se informó la terminación de la relación civil a partir de noviembre de 2014, de ahí que no haya lugar por esa vía a la protección legal pretendida.

Indicó que por su parte la Corte Constitucional ha señalado que no se requiere que una persona haya sido calificada con tal porcentaje, sino, exige que esa patología le impida al trabajador desempeñar las funciones de manera regular y normal, criterio que fue reiterado en sentencia C – 200 de 2019, frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la C.S.T. no menciona y la inaplica sin justificación alguna. Con fundamento en ello, sostuvo que el trabajador en interrogatorio de parte manifestó que no le fue prescrita incapacidad laboral alguna, de manera que no evidencia que la patología padecida le haya dificultado el desempeño de sus labores, menos durante la vinculación que se dio a Diaco S.A., a más porque no observaba restricciones o recomendaciones laborales.

Así las cosas, adujo que al no haberse acreditado las condiciones de procedencia de la estabilidad laboral le imponía absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 38Audienciaart80delCPTSS).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Diaco S.A. Alegó en su favor aduciendo que la parte actora no demostró su estado de discapacidad, sin que cualquier padecimiento o diagnóstico de salud puede otorgar la protección reclamada. Destacó que como lo concluyó el A quo, el dictamen de pérdida de capacidad laboral era posterior a la terminación del contrato, así como la fecha de estructuración de la PCL, de manera que no podía ser oponible o prueba de discapacidad al momento del retiro. Indicó que el demandante en su interrogatorio reconoció que llevaba muchos años trabajando en el mismo oficio, sin que durante su vinculación con Exela estuviera incapacitado ni tuviera impedimento para laborar.

5.2. Exela PBO S.A. En su escrito de alegaciones esgrimió que dentro del debate probatorio agotado en el proceso judicial ha quedado demostrado que el demandante, para el momento en que terminó su contrato de trabajo, no era beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada en salud, en tanto que no tenía una pérdida de capacidad laboral calificada que fuese superior al 15%, tampoco ostentaba recomendaciones, restricciones médico-laborales o tratamientos médicos vigentes que le permitieran laborar de manera normal, ni tuvo incapacidades médicas prolongadas, siendo por tanto superfluo analizar si el motivo de la terminación de la relación laboral fue un acto discriminatorio, pues no podría discriminarse a alguien por una condición en la cual no se encuentra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Es viable dejar sin efectos el dictamen núm. 79044916-13691 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, calendado 5 de septiembre de 2016, a través del cual se determinó que la patología padecida por el actor tiene un origen común? (ii) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, (iii) ¿El demandante tiene derecho al reintegro a su lugar de trabajo, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?; (iv) ¿Diaco S.A., es solidariamente responsable en el pago de las condenas que se deben imponer a la otrora empleadora, en los términos del artículo 34 del CST?; y (v) ¿Es viable afectar las pólizas de seguros en virtud del llamado en garantía que se hizo a la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral entre Luis Álvaro Gracia García y Exela BPO S.A., sus extremos temporales, tampoco la labor de mecánico de mantenimiento que desempeñó, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y además, se pueden corroborar

con el contrato de trabajo por obra o labor contratada, carta de terminación de contrato por finalización de obra o labor y liquidación final de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF 09ContestaciónExcelsaBPO s, págs. 54 a 56, 69 y 70).

4. Nulidad de dictamen – Origen de la enfermedad. Para comenzar conforme a los medios de prueba arrimados de manera legal y oportuna al plenario, no existe duda en cuanto a que la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá – Cundinamarca a través de dictamen núm. 79044916 del 7 de abril de 2016 determinó que el diagnóstico hipoacusia neurosensorial bilateral es a causa de un origen laboral, experticia que fue modificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con dictamen numerado idéntico del 5 de septiembre de 2016, para en su lugar asignar al diagnóstico un origen común. (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, págs. 28 a 42).

Conforme a ello, se recuerda, en resumidas cuentas, que la parte actora funda sus pretensiones relativas a desconocer el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, considerando que acierta la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá – Cundinamarca, al asignarle a la patología hipoacusia neurosensorial bilateral un origen laboral, ya que su enfermedad es a causa de la exposición al ruido en la ejecución de sus labores como mecánico de mantenimiento.

Para resolver lo anterior, importa precisar que los artículos 41 a 43 de la Ley 100 de 1993, crearon las juntas de calificación de invalidez, organismos a quienes se les otorgó competencia para establecer y declarar el estado de invalidez de una persona con base en el Manual único que para el efecto expidiera el Gobierno Nacional, en primera instancia a las juntas regionales de calificación de invalidez y en segunda instancia a la junta nacional de calificación de invalidez.

A ese propósito se expide el Decreto 1507 de 2014, Manual Único para la Calificación de Invalidez, instrumento técnico que contiene los requisitos y procedimientos a los que deben ceñirse las entidades encargadas de determinar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional como consecuencia de una enfermedad o accidente que tenga un trabajador, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y origen de las patologías.

Adicionalmente, el Decreto 1352 de 2013 se ocupó de reglamentar el funcionamiento y demás de las juntas de calificación de invalidez, señalando entre otras sus funciones y el procedimiento que deben observar para tramitar y expedir los dictámenes que le son encomendados. Dentro del procedimiento, el artículo 51 establece cuáles son los fundamentos tanto de hecho como de derecho, para la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, describiendo los primeros como todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, evaluaciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal; y los segundos como las normas que se aplican al caso de que se trate. Es así como en el artículo 30 de la citada disposición se discriminan los documentos que se deben allegar con la solicitud de determinación del origen del accidente, de la enfermedad, invalidez y muerte, entre esos, *“Información ocupacional con descripción de la exposición ocupacional que incluyera la información referente a la exposición a factores de riesgo”*

Como se evidencia, la regulación normativa traída a colación consagra los contenidos del dictamen, destacándose los fundamentos de hecho y de derecho, y la motivación referida a las explicaciones y justificaciones sobre la cuales se edifica la calificación, que para el caso de determinación del origen debe estar soportada en la historia clínica

y ocupacional del paciente, esto es, en la historia clínica, reportes y exámenes médicos periódicos, valoraciones y análisis de puesto de trabajo, entre otros, para que los expertos tengan la posibilidad de determinar la causalidad o no, entre padecimiento o enfermedad y trabajo, pues la calificación del origen como laboral debe tener relación directa con la labor que ejecuta el trabajador, ello atendiendo a que se considera enfermedad laboral al tenor del artículo 4° de la Ley 1562 de 2012, la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar.

Con base en esa definición, mediante Decreto 1477 de 2014 que resulta aplicable a este caso, dada la fecha en que la Junta Nacional hizo la calificación cuestionada, se expide la tabla de enfermedades laborales incluyéndose allí taxativamente algunas patologías, puntualmente en la sección I, capítulo 2°, como factor de riesgo ocupacional el "ruido", como ocupaciones / industrias "Todo trabajo que implique exposición a una intensidad de presión sonora superior al valor límite permisible de acuerdo con la jornada laboral", generando como enfermedades, entre otras, "hipoacusia"; estableciendo sin embargo la posibilidad, de que en aquellos casos en que una enfermedad no figure en la tabla, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, que se reconozca como enfermedad laboral.

De manera que, para determinar la relación de causalidad entre el factor de riesgo y la enfermedad, se dispuso en el artículo 3°, la necesidad de identificar:

1. La presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador, de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar, teniendo en cuenta criterios de medición, concentración o intensidad. En el caso de no existir dichas mediciones, el empleador deberá realizar la reconstrucción de la historia ocupacional y de la exposición del trabajador; en todo caso el trabajador podrá aportar las pruebas que considere pertinentes.
2. La presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente, relacionada causalmente con ese factor de riesgo.

Pues bien, descendiendo dichos razonamientos al caso concreto y una vez realizado un análisis integral y objetivo de la totalidad de medios de prueba arrimados de manera legal y oportuna al expediente, de entrada debe señalarse, así como lo advirtió el A quo, que la pretensión no está llamada a prosperar, en la medida que los medios de convicción no logran desvirtuar las conclusiones adoptadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen efectuado en el año 2016, tendiente a señalar que el actor en realidad padece una enfermedad de origen común denominada hipoacusia neurosensorial bilateral.

Entre la documental aportada, se encuentra la consulta dada en el mes de mayo de 2014, cuando se le diagnóstico tal enfermedad por el especialista en Otorrinolaringología, quien a su vez ordenó remisión a medicina laboral para calificación de la enfermedad y control en un año. Además, se observa que fue examinado por la especialista en audiología del 28 de febrero de 2014, quien sugirió "tamizaje vestibular y del equilibrio con el fin de prevenir caídas de altura corporal, con aumento del grado de discapacidad por posibles secuelas de trauma craneoencefálico, fractura de cadera, fractura de huesos de brazos y piernas o disminución en la independencia durante la locomoción".

Documental que en todo caso no permite controvertir las conclusiones adoptadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dentro del dictamen emitido, pues como

entidad del Sistema General de Seguridad Social que cuenta con autonomía técnica y científica, emite decisiones de carácter obligatorio en los términos del artículo 42 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012. Lo anterior no significa, como ya se dijo, que las decisiones emitidas no puedan ser controvertidas ante la justicia ordinaria laboral, pues ese medio de prueba no es el único considerado por la jurisprudencia laboral a efecto de determinar el porcentaje de PCL de los trabajadores, la fecha de estructuración o el origen de la misma, en la medida que no es considerada una prueba calificada, mucho menos exclusiva, sin embargo, los medios de convicción allegados al cartapacio no desvirtúan o minimizan la aptitud técnico científica respecto al dictamen emitido.

Bajo esa premisa, si bien el señor Gracia García, cuestionó el dictamen plurimencionado por cuanto considera que la enfermedad que padece es de origen laboral ante la exposición al ruido en la ejecución de sus labores, es claro que tal aseveración quedó en meras afirmaciones ante la falta de un sustento probatorio adecuado. Ello en atención a que le implicaba demostrar si la labor desempeñada registraba un factor de riesgo y si como consecuencia de dicha exposición, se le generó el daño a la salud que enfrenta, aspectos que no se pueden extraer del historial médico que con anterioridad se reseñó y de los dictámenes que se profirieron por las juntas de calificación de invalidez.

De hecho, lo que se evidencia del dictamen en controversia, es que se sirvió del análisis de puesto de trabajo realizado por la ARL Sura, para dictaminar como de origen común los padecimientos del actor, no evidenciando la presencia de factor de riesgo en el sitio de trabajo, en tanto que allí se consideró la inexistencia de "*un riesgo aparente para la salud del personal expuesto*", ya que la medición de ruidos estuvo por debajo de los niveles de ruido superiores a los 85dB (A), valor límite permisible, para una exposición de 8 horas diarias.

Conclusión técnica que tampoco fue desvirtuada por el promotor del litigio y, por el contrario, sirvió como sustento para que la Junta demandada ultimara el origen común de la enfermedad. Ahora, llama la atención de la Sala que tal determinación fue ratificada por la prueba de carácter técnico científico que ordenó el A quo y que rindió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., sin que la parte actora hubiese presentado inconformidad en ese nuevo dictamen, toda vez que habiéndose incorporado al trámite y corrido el traslado de ley, no manifestó su oposición, guardando silencio en la oportunidad que la ley tiene reservadas para contradecir su práctica.

Así las cosas, si el legislador le otorgó la facultad para calificar la pérdida de capacidad laboral del actor a la Junta Nacional, con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez, la cual está soportada en el historial clínico del mismo y en el análisis de puesto de trabajo, no hay justificación para que este sea descartado, máxime que al examinar los elementos de convicción incorporados al proceso no se halla dictamen o concepto diferente con miras a contradecirlo, siendo carga procesal de quien lo controvierte, desvirtuar sus conclusiones.

Por todo lo anterior, no hay lugar a decretar la nulidad del dictamen que determinó como origen común la patología hipoacusia neurosensorial bilateral, tal y con acierto lo sentó el A quo, más aún cuando se observó el procedimiento establecido para emitir la experticia, la valoración del análisis de puesto de trabajo e historial clínico del actor, que llevó a la Junta Nacional a concluir que la presencia de la enfermedad no tuvo un origen laboral, sino en los procesos degenerativos propios del organismo humano.

Bajo lo dicho, se confirmará en este punto la sentencia de primer grado.

5. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Exela BPO S.A. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible recurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 30 de noviembre de 2014.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijo algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

| Supuesto | Eventos que permiten acreditarlo |
|--|--|
| Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral | (a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas |

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.

² T-589 de 2017.

³ T-284 de 2019.

| | |
|--|--|
| | anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ . |
| Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral | (a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ . |
| Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral | (a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ . |

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

“1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.

2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.

3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.

4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.

5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.

6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.

7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador”¹⁰.

⁴ T-118 de 2019.

⁵ T-372 de 2012.

⁶ T-494 de 2018.

⁷ T-041 de 2019.

⁸ T-116 de 2013.

⁹ T-703 de 2016.

¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

5.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 30 de noviembre de 2014, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud no se hallaba comprometida o que le impidiese sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio.

Ello, en tanto que, si bien es cierto le fue diagnosticado "hipoacusia neurosensorial bilateral", según se advierte de las historias clínicas expedida el 28 de febrero y mayo de 2014 y como consecuencia de ello fue remitido a medicina laboral para determinar el origen de la patología, también lo es que, en dichos documentos, no se evidenció, como tampoco se dejó por sentado que la citada patología tuviese la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, lo cual tampoco permite inferir que aquello haya sido el verdadero motivo que llevó al dador del laborío culminar el contrato de trabajo.

De hecho, las citadas historias clínicas, por sí solas, no permiten en el presente asunto colegir la existencia de una discapacidad relevante para el momento en que aconteció el finiquito, en tanto que las recomendaciones contenidas en ellas no fueron más allá de "CUIDADOS DE OÍDO, USO DE PROTECTORES AUDITIVOS" y "SEGUIR INDICACIONES DE MÉDICO TRATANTE Y CONTROLES AUDITIVOS ANUALES" y en algunas sugerencias tales como "TAMIZAJE VESTIBULAR Y DEL EQUILIBRIO A FIN DE PREVENIR CAÍDAS DE ALTURA CORPORAL", ello, como consecuencia de la valoración médica que se realizó, sin que se pudiese desprender restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo u otra circunstancia que demostrara una afectación grave su estado de salud o la severidad de alguna lesión, al punto que el médico especialista indicó "NO HAY LIMITACIÓN EN ESTE MOMENTO PARA TRABAJAR EN ALTURA".

Todo lo cual permite concluir que al momento de la terminación del contrato laboral el demandante no se encontraba en una situación particular que no le permitiere sustancialmente el desarrollo normal de su labor, por manera que el hecho de haber sido diagnosticado con hipoacusia neurosensorial bilateral, no puede ser por sí solo argumento suficiente para demostrar que se trata de un sujeto de especial protección y, en consecuencia, concluir que su retiro del lugar de trabajo constituyó una discriminación, pues como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte Constitucional, sufrir de una enfermedad no es sinónimo de inamovilidad (C-531/00 C-824/11, T-226/12, T-597/14, T-141/16 y SU-049/17).

En este punto, debe precisarse que, aunque al actor le fue determinado a través de dictamen pericial del 22 de agosto de 2020, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 11.50%, tal medio de convicción en nada desvirtúa las conclusiones a que arriba la Sala, según las cuales, la dolencia que padece el trabajador no incidió en el pleno desarrollo de las funciones laborales, es decir, no le impedía o dificultaba sustancialmente su desempeño en condiciones regulares. Ello, en atención a que del medio de convicción tampoco se aprecia que aquel hubiese estado en tratamientos constantes, cesante, gozará de incapacidades, contará con restricciones o recomendaciones laborales, o, en definitiva, que tuviera cualquier afectación grave que para ese entonces le impidiera desarrollar las labores para las que fue contratado, en armonía al historial médico que se registró en el. Además, se observa del "Análisis y Conclusiones" de la experticia, que esta se sirvió de exámenes médicos realizados con posterioridad al año 2019 y 2020, cuando así se lo requirió la Junta Regional de Calificación de Invalidez al actor, es decir, cuando pasaron cerca de 5 años después de finalizado el laborío.

Colofón de lo anterior, al estar claro que no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, razón por la cual se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado, pues no incurrió en ningún desatino al negar el reintegro solicitado.

6. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

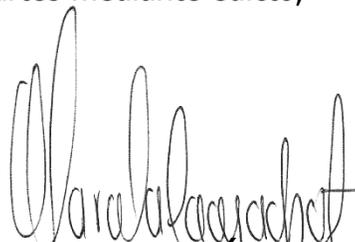
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

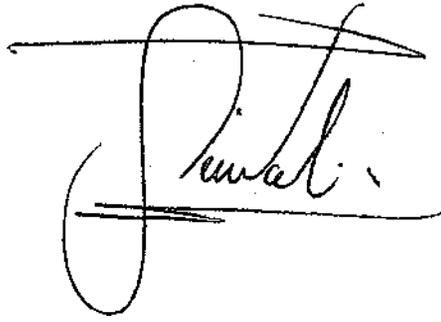
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de junio del 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

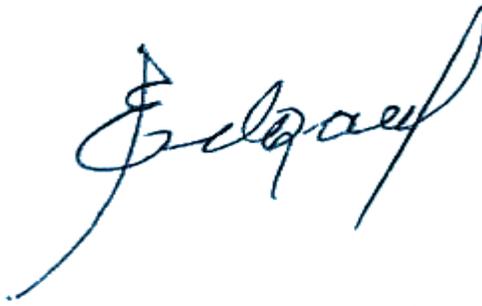
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
(Aclara Voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA SELENY BETANCUR GIRALDO
Demandada: EA PRODUCTOS DE CAUCHO S.A.S.
Radicado No.: 17-2020-00168-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Seleny Betancur Giraldo instauró demanda ordinaria contra EA Productos de Caucho S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que tuvo vigencia entre 23 de octubre de 2017 al 31 de mayo de 2019, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Como consecuencia de ello, pretende que sea condenada al pago de cesantía y sus intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, trabajo suplementario, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, aportes pensionales, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 23 de octubre de 2017 ingresó a laborar a favor de la encartada, a través de un contrato por prestación de servicios independiente, para realizar labores de alistamiento, corte, empaque, entube y cargue de caucho, así mismo, servicios generales, devengando por tal labor la suma de \$4.000 por hora. Refirió que recibía órdenes de la representante legal y gerente de la sociedad, además, utilizaba elementos de trabajo proporcionados por ésta, con el fin de llevar a cabo sus funciones. Sostuvo que su empleador dio por finalizada la relación laboral el 31 de mayo de 2019, sin que haya efectuado el pago a su favor de prestaciones sociales y vacaciones. (Expediente electrónico, PDF 03Demanda, págs. 3 a 12).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no existió relación laboral alguna entre las partes y, por el contrario, refirió que sostuvo con la actora una relación contractual regida por un contrato civil de prestación de servicios, el cual tuvo vigencia desde el 23 de octubre de 2017 al 31 de mayo de 2019, encontrándose a paz y salvo por concepto de honorarios. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2º, 6º y 11º relacionados con que la actora se encontraba vinculada mediante un contrato civil, para desempeñar labores de alistamiento, corte, empaque, entube y cargue de caucho, así mismo, servicios generales, sin que haya cancelado prestaciones sociales. Respecto de los demás señaló no ser ciertos y en su defensa formuló la excepción previa de prescripción y como de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 03Demanda, págs. 3 a 12).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto del 2022, en la que el fallador en aplicación de la primacía de la realidad declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, desde el 23 de octubre de 2017 y que finalizó por decisión unilateral e injusta por la encartada el 31 de mayo de 2019. En tal virtud, condenó a la sociedad convocada al pago de auxilio de cesantía e intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación del auxilio de cesantía a un fondo, indemnización moratoria, aportes pensionales y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si los servicios personales prestados por la demandante obedecieron a un contrato de trabajo y por tanto hay lugar aplicar la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T. Con tal propósito, luego de citar los artículos 22, 23° y 24° de dicha codificación y apreciar los medios de convicción allegados al plenario dijo que se hallaba probado que la actora prestó sus servicios de manera personal a favor de la empresa accionada, inferencia que la respaldó con la certificación expedida por la encartada, contrato de prestación y su carta de terminación; en consecuencia, procedía la presunción legal, esto es, que los servicios se prestaron bajo continuada subordinación o dependencia, correspondiéndole a la demandada desvirtuar la misma.

Frente a ello señaló que, analizada las pruebas allegadas por la pasiva, estas no tenían la virtud de derruir la presunción legal que operó a favor de la actora, de ahí que debía declarar la existencia de un contrato de trabajo, circunstancia además ratificada con los testimonios rendidos por Jonathan José López Betancourt y Fernando Jesús Pulgarín Arboleda, los cuales, si bien tienen parentesco con la promotora del proceso, no pierden su credibilidad, más aún cuando este último fue trabajador de la empresa, quien tuvo conocimiento directo de los hechos, entre los cuales, están las actividades realizadas por la señora Betancourt, prestación personal que hizo saber fue subordinada por la demandada.

Tras valorar la prueba testimonial allegada por las partes, así como el objeto social de la empresa demandada, dedujo que la gestora del proceso fue encargada de ejecutar labores propias de la actividad comercial de la sociedad, por manera que deducía que aquella cumplía un horario de trabajo y estaba atada a órdenes e instrucciones frente a labor de operaria, recibiendo como remuneración un salario a destajo, de ahí que debía declarar bajo el principio de la realidad sobre las formas, la existencia de una relación laboral entre las partes. (Expediente electrónico, audio 19VideoAudiencia19Agosto2022).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios, sin que en las etapas procesales se haya demostrado los elementos propios de un contrato de trabajo. Refirió que los testigos son familiares de la promotora del proceso, además, que la representante legal coordinaba y supervisaba las actividades dentro de la empresa, sin que por ello se pueda afirmar la existencia de subordinación, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sostuvo que, aunque los testigos de la parte actora señalaron que la representante legal impartía órdenes y hacía llamados de atención, no se allegaron los memorandos o un testimonio "externo" que ratificara su dicho, además, en cuanto al cumplimiento de horario, tampoco tiene la virtualidad de cambiar la naturaleza de la relación civil celebrada entre las partes, razón por la que no debe impartirse condena, como erróneamente lo concibió el A quo. (Expediente electrónico, audio 19VideoAudiencia19Agosto2022).

5. Alegatos de conclusión. La **demandante** alegó en su favor aduciendo que la sentencia proferida por el A quo corresponde con la realidad probatoria que allí se pudo apreciar y según la cual, la parte demandada pretendió escudar una verdadera relación laboral con un supuesto contrato de prestación de servicios, sin lograr desvirtuar los elementos constitutivos del contrato de trabajo. Indicó que su empleadora desconoció todos sus derechos laborales y actuó de mala fe en el desarrollo de la relación laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿La demandada EA Productos de Caucho S.A.S. fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como

retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el inductivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora María Seleny Betancur Giraldo en favor de EA Productos de Caucho S.A.S, en tanto que tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello; haciendo hincapié que el mencionado hecho se acredita, además, con el contrato de prestación de servicios, carta de finalización y certificación expedida por la pasiva calendarada 19 de junio de 2019. (Expediente electrónico, PDF 03Demanda, págs. 13 a 16).

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial¹; presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "*onus probandi*", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual a la demandada bajo el principio de "*reus, in excipiendo, fit actor*", cuando excepciona, funge de actora y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Así, entonces, al revisar el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, siendo nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora María Seleny Betancur Giraldo ejecutó la labor de operaria mediante un contrato de prestación de servicios, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hizo en forma autónoma e independiente, aspecto que no encuentra demostración en este asunto.

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la promotora de la Litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, por manera que, ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación jurídica, tal cual lo coligió el Juez de primer grado. Lo anterior, se explica porque todo el andamiaje argumentativo de la demandada se centró en establecer que la actora prestó sus servicios personales a su favor, en calidad de contratista; sin embargo, no tuvo por objeto desvirtuar la presunción legal de la que se beneficia el extremo activo, en tanto que la pasiva se conformó con la prueba documental, la cual, muy al contrario de sus aseveraciones, solo demuestra la vinculación formal de la demandante a la sociedad, más no la realidad en que se desarrolló la misma.

Ahora, debe tenerse en cuenta que todos los medios de convicción allegados por la parte actora permiten corroborar que, contrario a lo dicho por la demandada, la labor ejecutada por ella no se desarrollaba en forma autónoma e independiente, conclusión a la que se arriba luego de escuchar el testimonio de los señores Jonathan José López Betancourt y Fernando Jesús Pulgarín Arboleda, quienes ratificaron la existencia de la relación laboral, al punto que nunca señalaron que los servicios prestados por la actora se caracterizan por su independencia y autonomía, como lo pretende ver el apoderado judicial de la parte demandada.

En esa perspectiva, el primero de los citados deponentes (sobrino de la actora) narró que como trabajador de la empresa EA Productos de Caucho S.A.S. desde el 26 de abril de 2016 al 22 de mayo de 2019, dio cuenta de que la señora Betancourt Giraldo laboró para la citada sociedad desde mayo de 2016, realizando labores de aseo y cocina y, con posterioridad, por decisión de la gerente fue enviada a la planta, cuya función radicada en escoger, entubar y empaclar caucho. Indicó que estaba sujeta a un horario de trabajo, además, que la labor era supervisada por la gerente, quien le daba instrucciones sobre la actividad a realizar, además, impartía llamados de atención y fue quien le brindó las herramientas de trabajo. Refirió que la demandante no se podía ausentar de su trabajo, a menos que le fuera concedido permiso por la empresa.

El segundo de los testigos (cónyuge y compañero de trabajo de la actora) manifestó que la promotora del proceso ingresó a laborar en la empresa en mayo de 2016, primeramente, como aseo y cocinera de la sociedad demandada y luego en oficios varios relacionados con el empaque de bandas elásticas de caucho. Manifestó que por tal actividad devengaba \$4.000 por hora laborada, además, cumplía un horario, debía pedir permisos para ausentarse de su lugar de trabajo y recibía instrucciones de la gerente, quien le llamaba la atención de manera verbal y le finalizó el vínculo contractual.

Debe precisarse que, aunque la censura considera que no tiene validez la prueba testimonial antes esbozada en razón a que los deponentes sostienen un vínculo familiaridad con la aquí demandante, para la Sala tal situación esbozada hasta la alzada no solo resulta inoportuna en este estadio procesal, ya que la parte demandada no formuló tacha de sospecha en oportunidad pertinente, a fin de impugnar los testimonios traídos por la parte contraria, en los términos del artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP; sino, además, porque no se evidencia del dicho de aquellos que tengan un interés inclinado a beneficiar la causa de la actora, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja.

Ello a partir de que los testigos fueron claros, contundentes y conteste al señalar la prestación subordinada que ejerció la actora a favor de la demandada, refiriendo el cumplimiento de horario, remuneración y el sometimiento a órdenes, cuando está por

demás decir que a juicio de la Sala no estaban imposibilitados para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fueron compañeros de trabajo de la actora, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio.

Por consiguiente, su contenido sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que el Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal del gestor del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarten los testimonios de los señores Jonathan José López Betancourt y Fernando Jesús Pulgarín Arboleda, la conclusión no sería diferente de cara al objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del sometimiento al que estuvo sujeta la demandante, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que se obligó a prestar sus servicios como "*empacador, alistamiento de mercancía, cargue y descargue, y servicios generales, y demás funciones asignadas con relación a su labor*", razón por la cual se comprometió a ejecutar las labores "*conforme a las directrices impartidas*"; situación de la que se denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada en la contestación de demanda, respecto de las labores que ejecutaba la actora, colige que no requerían de un conocimiento particular, es decir, no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó durante aproximadamente 2 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil para desempeñar la labor encomendada; actividad que además no era extraña al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad, quien se dedica, entre otras, a realizar actividades relacionadas con la elaboración de bandas elásticas de caucho, según certificado de existencia y representación legal arrimado por la pasiva.

Con todo lo anterior, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del promotor de la litis a favor de la sociedad EA Productos de Caucho S.A.S., y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se itera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión que bien tomó el Juez primigenio.

4. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de la demandada, por haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

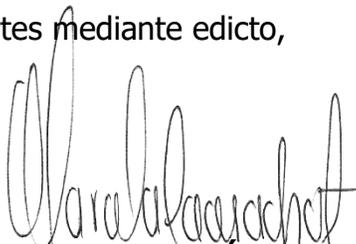
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto del 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de EA Productos de Caucho S.A.S. y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

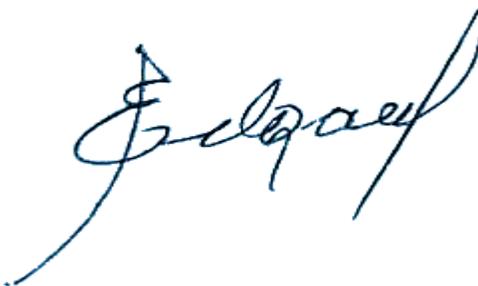
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

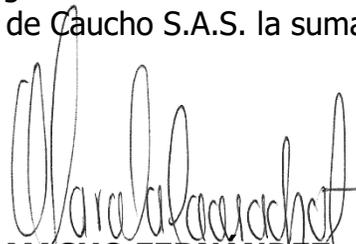


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de María Seleny Betancur Giraldo y a cargo de EA Productos de Caucho S.A.S. la suma de \$2.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA ELVIA RIVERA BAUTISTA
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 29-2021-00222-01
Tema: APELACIÓN DEMANDADA- PENSIÓN DE VEJEZ- MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Elvia Rivera Bautista, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez y, en consecuencia, al pago de la misma a partir del 28 de febrero de 2019, junto las mesadas adicionales, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en subsidio indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 7 de septiembre de 1961 y el día 1º de septiembre de 1979, fue afiliada al régimen de prima media con prestación definida, realizando cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 2020. Indicó que, aunque el 30 de enero de 2019 se acercó a la entidad con el fin de solicitar la pensión de vejez, le fue reconocida indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por cuanto no acreditó la densidad de semanas requeridas, pues se adujo que solo contaba con un total de 1.272, sin que la pasiva tuviera en cuenta que ya tenía más de 1.300 semanas cotizadas.

Refirió que solicitó la revocatoria del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en tanto que nunca ha reclamado dinero alguno por dicho concepto, tampoco BEEPS, ni tiene cuenta de ahorros o corriente. Informó que continuó cotizando para los riesgos de invalidez, muerte y vejez hasta el mes de noviembre de 2020, fecha a partir de la cual el operador de pago, no la dejó efectuar la cotización a pensión en forma virtual, razón por la cual solicitó ante la pasiva nuevamente pensión de vejez, por haber cumplido los requisitos pensionales previstos en la Ley 797 de 2003, petición que le fue negada mediante Resolución SUB 98695 del 27 de abril de 2020. (Expediente digital, PDF 04SubsanacionDemanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 07NotificacionAgenciaNacional20211203); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la demandante no acreditó haber cotizado la densidad de semanas exigidas

por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para acceder al reconocimiento pensional, toda vez que cotizó un total de 1276 semanas, lo cual es insuficiente, pues se requiere un total de 1.300. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 2°, 4°, 7° al 9°, 13°, 14°, 16°, 19° a 22° y 29°, parcialmente 3°, 12°, 18°, 24° y 25°. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF 08Contestación Colpensiones)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de octubre del 2022, en la que la falladora condenó a la enjuiciada a pagar a la demandante pensión de vejez bajo la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de enero de 2019, en cuantía inicial de \$828.116 y por trece mesadas al año, la cual deberá ser reajustada anualmente de conformidad con lo dispuesto por el Gobierno Nacional. Ordenó el pago de retroactivo pensional a 30 de septiembre de 2022, en la suma de \$42.987.785, valor al que autorizó el descuento por concepto de salud. Así mismo, condenó a la pasiva a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 31 de mayo de 2019 y gravó en costas a la misma.

Para arribar a tal decisiva se propuso verificar si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 28 de febrero de 2019, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, intereses moratorios o indexación. Con tal propósito señaló como hechos no discutidos que la actora nació el 7 de septiembre de 1961, cumpliendo 57 años el mismo día y mes del año 2018, logrando cotizar 1.272 semanas, según se informa en los diferentes actos administrativos de Colpensiones. Precisó que no entraría a valorar las cotizaciones contenidas en las demás historias laborales aportadas al plenario, al no brindar certeza de lo contenido ante las inconsistencias reflejadas en el conteo de las semanas, pues sin explicación razonable se dejaron de contar semanas en unas y en otras no.

Bajo ese norte y con miras a determinar si la actora reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se remitió a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, para significar que la demandante debe acreditar 57 años de edad y un total de 1.300 semanas cotizadas, frente a lo cual, aclaró que en relación al primer requisito no existe discusión y respecto del segundo indicó que revisado con detenimiento la documental expedida por Colpensiones en la que hizo constar que la demandante contaba con 1.272 semanas a 31 de diciembre de 2018 y en especial la historia laboral actualizada al 26 de agosto de 2019, aquella excluyó de tal conteo 255 días con la observación de que aplicó el pago a periodos anteriores o porque presentaba deuda por no pago del subsidio del Estado, argumento que dijo no es de su recibo dado que contaba la administradora con la posibilidad de adelantar las respectivas acciones de cobro.

Hizo notar frente a las cotizaciones realizadas por parte del empleador Miguel Antonio, que para los ciclos de septiembre a noviembre del año 1996, aparecen días reportados como 30, pero semanas cotizadas en cero, habida cuenta de que fue aplicado a periodos anteriores por deuda presunta del empleador, es decir, en los ciclos de marzo a mayo de 1995; debiéndose por tanto tener en cuenta dichos períodos que se traducen a 90 días, así como los aportes realizados por el empleador Jhon Marino Téllez, para el periodo de julio y agosto de 1999, en donde se reportó 30 y 15 días respectivamente, con cotización cero por mora en el pago por deuda presunta. Refirió que se registran los periodos de septiembre de 2017 y abril, octubre y diciembre de 2018, con 30 días reportados cada

uno, pero con una cotización efectiva de cero semanas, esto por cuanto se indica deuda por no pago de subsidio del Estado.

Frente a esto último, adujo que, si deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, puesto que las deudas que tenga el Estado frente al pago del subsidio no pueden perjudicar al afiliado, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-0099 de 2022. Por lo anterior, dispuso que debía tenerse en cuenta un total de 1.308.42 semanas a 31 de diciembre de 2018, que resultan de sumar a las 1.272 semanas previamente admitidas por Colpensiones, las 36.42 semanas aquí reconocidas.

Con todo ello, indicó que al haber cotizado la actora un total de 1.308.42 semanas, acreditaba el segundo de los requisitos, para acceder al derecho pensional, lo que le imponía declararlo así. Frente a su causación y disfrute citó lo contenido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, para precisar que, aunque la actora elevó solicitud de reconocimiento pensional en el año 2020, *"no puede pasar por alto el Despacho que desde el 30 de enero de 2019, la misma puso en conocimiento de esa entidad su deseo de desafiliación del sistema y por supuesto el anhelo de entrar a disfrutar las prestaciones económicas a que hubiesen lugar, fecha para la cual, se insiste, ya había consolidado su derecho pensional en la medida que el 7 de septiembre de 2018 satisfizo el requisito de los 57 años y para el 31 de diciembre de esa anualidad, ya había completado las 1.300 semanas."*

En consecuencia, estimó que, a partir de esta última calenda, esto es, desde el 1° de enero de 2019, le asistía derecho al reconocimiento pensional *"y es que si bien es cierto mediante radicado núm. 20191286534 la actora elevó solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva a la pensión de vejez, evidentemente como quedó demostrado en el curso de esta actuación, tal petición fue el resultado de la asesoría que para esta calenda le brindó la encartada conforme se evidencia a folio 80 del expediente, cuando le informó de manera equivocada que en la fecha contaba con 878 semanas de cotización, con lo que para acceder al derecho debía cotizar 422 semanas más, haciéndola de esa manera incurrir en error (...)"*

Concluyó, entonces, que a la promotora del litigio le asistía el derecho al pago de la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2019, en tanto que, con las cotizaciones realizadas al 31 de diciembre de 2018, satisfizo el mínimo de semanas exigidas, en cuantía inicial de \$828.116, correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente de la época, a razón de 13 mesadas al año, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005. En lo que respecta a los intereses moratorios señaló que debía imponer su condena, como quiera que la falta del reconocimiento pensional es imputable a la conducta omisiva de Colpensiones al desconocer unos periodos efectivamente cotizados por la actora y por su actuar negligente en el cobro de los mismos; los cuales principian a correr vencido los 4 meses con los que contaba la administradora para el otorgamiento de la pensión de vejez, esto es, desde el 31 de mayo de 2019.

Atinente a la excepción de prescripción que formuló la accionada, indicó que la misma no está llamada a prosperar en tanto que no transcurrió el término trienal del que trata el artículo 488 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., en el entendido de que la demanda fue presentada el 20 de mayo de 2021 y la solicitud primigenia de la prestación data del 30 de enero de 2019. (Expediente digital, Link

<https://playback.lifefize.com/#/publicvideo/f029eaba-d7a4-4498-917c-af3bdc88c64d?vcpubtoken=df432c53-3b6c-4f63-9f16-26f508899995>)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que la gestora del proceso en enero de 2019 se acercó ante la administradora a solicitar el reconocimiento pensional, frente a lo cual se le comunicó que contaba con 1.274 y si bien la *"A quo informa que no se sumaron algunas*

semanas por deuda, lo cierto es que el asesor brindó la información con la densidad de semanas que reportaba en su historia laboral." En consecuencia, precisó que para dicha data no reunía los requisitos establecidos en la Ley para acceder a la pensión de vejez, de ahí que se le advirtió la posibilidad de acceder a los beneficios BEEPS y por ende de la posibilidad de entrar a disfrutar de la indemnización sustitutiva de pensión, a lo que accedió. De esta manera aludió a que la misma no fue engañada, más aún cuando tiene a disposición la historia laboral, con la cual pudo informar las situaciones irregulares que eventualmente pudiera suscitar, como que efectuará las acciones de cobro, lo cual no sucedió. (Expediente digital, Link <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/f029eaba-d7a4-4498-917c-af3bdc88c64d?vcpubtoken=df432c53-3b6c-4f63-9f16-26f508899995>)

6. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia y grado jurisdiccional de consulta. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Acertó la cognoscente de primer grado al convalidar las cotizaciones pensionales que efectuó de manera extemporánea Miguel A. Romero Romero y Jhon Marino Zarate Téllez, en virtud de la relación laboral que sostuvieron con la actora, así como los aportes realizados por ésta a través del Fondo de Solidaridad Pensional? (ii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en caso positivo, a partir de qué fecha?; y (iii) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que la demandante nació el 7 de septiembre de 1961 y que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 1º de septiembre de 1979, realizando aportes en calidad de trabajadora del sector privado, logrando cotizar un total de 1.272 que se señalan en la historia laboral actualizada al 5 de junio de 2019 y que obra en el expediente digital, (Expediente digital, PDF 09ExpedienteAdministrativoCC51644607, págs. 47 a 55), Y los distintos actos administrativos por medio de los cuales Colpensiones negó la prestación económica, sin que tales documentos hayan sido argüidos o desconocidos por esta.

4. Mora patronal. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: "*Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado*" y "*en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)*" (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, la misma corporación ha señalado que: "*Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y*

la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio". (SL3845-2021)

Con lo dicho, la primera discusión se genera en torno a las cotizaciones que realizó la actora por cuenta de los empleadores Miguel A. Romero Romero y Jhon Marino Zarate Téllez, pues se afirma que no se convalidaron la totalidad de sus aportes en la historia laboral. Frente a este punto, ciertamente se observa de la historia laboral actualizada al 5 de junio de 2019, el estado de mora en el pago de aportes de los siguientes ciclos:

| MIGUEL A. ROMERO ROMERO | | | |
|----------------------------------|-------------|-----------------------|-------------------------------------|
| DÍAS REPORTADOS | | DÍAS COTIZADOS | OBSERVACIÓN |
| MES | DÍAS | NÚM. | |
| 1996/09 | 30 | 0 | PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES |
| 1996/10 | 30 | 0 | |
| 1996/11 | 30 | 0 | |
| JHON MARINO ZARATE TÉLLEZ | | | |
| DÍAS REPORTADOS | | DÍAS COTIZADOS | OBSERVACIÓN |
| MES | DÍAS | NÚM. | |
| 1999/07 | 30 | 0 | PAGO APLICADO A PERIODOS ANTERIORES |
| 1999/08 | 15 | 0 | |

Así, frente a la mora del empleador en cotizaciones al sistema general de pensiones y las consecuencias a la asegurada, no puede desconocer la Sala la línea jurisprudencial atrás esbozada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta, la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, si el empleador no cumplió con la obligación legal contenida en el artículo 22 de ley 100 de 1993 y tampoco obra prueba alguna que demuestre que la enjuiciada desde que se configuró el incumplimiento, hubiese desplegado actividad alguna en aras de obtener la cancelación de la deuda, junto con los intereses moratorios, acorde con las precisas facultades que para el efecto otorgan los citados artículos, conduce a que deban convalidarse las cotizaciones en mora, las cuales resultan válidas para determinar el cumplimiento del requisito de densidad necesaria para ordenar cualquier reconocimiento pensional.

Ahora, siendo cierto que se debe otorgar eficacia jurídica a las cotizaciones adeudadas por el empleador, también lo es que cuando se invoca la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, a menos que no exista incertidumbre en el proceso acerca de la vigencia del nexo laboral. Precisamente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3903 -2022, que reiteró la providencia SL3490 de 2021, se indicó:

"Importa recordar, tal como lo ha sostenido esta Corporación, que cuando se presenten serias dudas acerca de la validez de determinados periodos, por ejemplo, porque existen novedades de retiro o porque no está muy clara la continuidad o permanencia del afiliado, se impone verificar la existencia de la relación laboral que le dé soporte a dichas cotizaciones. Sin embargo, también se ha explicado que tal exigencia probatoria es excepcional y solo opera en los casos en que se encuentren incertidumbres fundadas sobre la vigencia del nexo laboral, pues no en todos los eventos en los que se examine una historia laboral, para contabilizar las semanas cotizadas, se requiere verificar la existencia de aquel por cada periodo aportado o dejado de cotizar (CSJ SL3490-2019)."

De cara a dicho razonamiento jurisprudencial, para tomar en favor de la demandante como efectivamente cotizados los periodos antes aludidos con los empleadores Miguel A. Romero Romero y Jhon Marino Zarate Téllez, resultaba innecesario a través de otros medios suasorios distintos al reporte de semanas cotizadas, la comprobación de la existencia de la relación laboral que los habría generado, pues de la misma historia laboral se desprende la continuidad del nexo contractual desde su fecha de iniciación hasta la data en que cada uno de los empleadores realizó la novedad de retiro, más aún cuando de las anotaciones que aparecen en la historia laboral respecto de cada uno de ellos, se verifica que la administradora de pensiones aplicó los pagos que se realizaron en los citados ciclos a periodos anteriores que no fueron efectuados, como pasa a verse:

| | | | | | | | | | | | | |
|----------|----------------------------|----|--------|------------|----------------|------------|-----------|------------|---|----|----|---|
| 3293417 | ROMERO ROMERO MIGUEL A | NO | 199504 | | | \$ 0 | \$ 0 | \$ 0 | | 30 | 30 | Deuda presunta, pago aplicado de periodos posteriores |
| 3293417 | ROMERO ROMERO MIGUEL A | NO | 199505 | | | \$ 0 | \$ 0 | \$ 0 | | 30 | 30 | Deuda presunta, pago aplicado de periodos posteriores |
| 3293417 | ROMERO ROMERO MIGUEL A | NO | 199506 | | | \$ 0 | \$ 0 | -\$ 14.867 | | 30 | 29 | Deuda presunta, pago aplicado de periodos posteriores |
| 3293417 | ROMERO ROMERO MIGUEL A | NO | 199609 | 29/10/1996 | 50004301011637 | \$ 56.850 | \$ 6.508 | -\$ 12.679 | | 30 | 0 | Pago aplicado a periodos anteriores |
| 3293417 | ROMERO ROMERO MIGUEL A | NO | 199610 | 29/11/1996 | 11063001015122 | \$ 142.125 | \$ 18.720 | -\$ 467 | | 30 | 0 | Pago aplicado a periodos anteriores |
| 3293417 | ROMERO ROMERO MIGUEL A | NO | 199611 | 23/12/1996 | 56002105001702 | \$ 142.125 | \$ 18.934 | \$ 0 | R | 30 | 0 | Pago aplicado a periodos anteriores |
| 13790692 | ZARATE TELLEZ JHON MARINO | SI | 199809 | | | \$ 0 | \$ 0 | \$ 0 | | 30 | 30 | Deuda presunta, pago aplicado de periodos posteriores |
| 13790692 | ZARATE TELLEZ JHON MARINO | SI | 199810 | | | \$ 0 | \$ 0 | -\$ 27.540 | | 30 | 22 | Deuda presunta, pago aplicado de periodos posteriores |
| 13790692 | ZARATE TELLEZ JOHON MARINO | SI | 199907 | 10/08/1999 | 51008102010637 | \$ 236.640 | \$ 31.920 | -\$ 26 | | 30 | 0 | Pago aplicado a periodos anteriores |
| 13790692 | JHON MARINO ZARATE TELLEZ | SI | 199908 | 14/09/1999 | 25003210013649 | \$ 118.320 | \$ 15.882 | \$ 0 | R | 15 | 0 | Pago aplicado a periodos anteriores |

Luego al no existir duda sobre los dos vínculos laborales y de su continuidad hasta la fecha en que cada uno de ellos reportó la novedad de retiro, es claro que se cumplen las condiciones para que el periodo sea tenido en cuenta con miras a analizar los presupuestos legales de reconocimiento de la pensión de vejez y en esas condiciones, la cognoscente de primer grado no pudo cometer error alguno al incluir en la sumatoria de cotizaciones de la afiliada, aquellas correspondientes a los tiempos en que prestó servicios a favor de dichas personas, aunque se haya incurrido en mora, en razón a que estas fueron causadas en ejecución del contrato de trabajo, lapso en el que igualmente estuvo vigente la afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones.

Con todo lo anterior, aceptándose que los empleadores, no obstante, del deber contenido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, omitieron sufragar oportunamente las cotizaciones, no podía tanto el Instituto de Seguros Sociales como Colpensiones desconocer el período con fundamento en la mora, pues frente a esto tenía el deber legal de cobrarlos coactivamente utilizando las acciones previstas en la Ley para ese efecto.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que no obra en el expediente que el extinto ISS, hoy Colpensiones haya adelantado las gestiones de cobro coactivo, o que tal deuda se haya declarado incobrable, es por lo que, no puede acarrear consecuencias negativas o desfavorables para la afiliada y en ese horizonte, tales períodos donde no fueron convalidadas en la historia laboral deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, lo que se traduce en 135 días equivalentes a 19.28 semanas que sumadas a las 1.272 registradas en la historia laboral, arrojan un total de 1.291.28 semanas cotizadas.

5. Régimen subsidiado - acreditación de semanas. Sobre el particular, estima la Sala que, en los eventos relacionados con cotizaciones en el régimen subsidiado, cuando la afiliada efectúa el aporte y quien no lo ha realizado es el Estado, deben validarse y computarse como semanas cotizadas para efectos pensionales, ya que tal omisión no puede perjudicar al afiliado cumplido (sentencia radicación No 50051 del 2 de abril de 2014, reiterada en la SL2522-2018). Además, precisa esta Corporación que para que se pierda el derecho del subsidio a la pensión y por ende la validación de semanas como efectivamente cotizadas, se deben dar una de las siguientes condiciones que se encuentran señaladas en el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, así:

"a) Cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la

pensión.

b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993.

c) Cuando se cumpla el periodo máximo establecido para el otorgamiento del subsidio.

d) Cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde. La entidad administradora de pensiones correspondiente tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que ésta proceda a suspender su afiliación al programa. (...)

e) Cuando se demuestre que, en cualquier tiempo, el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. (...)

Con fundamento en ello, la materia objeto a dilucidar estriba en establecer si los aportes a pensión realizados en el régimen subsidiado comprendidos entre septiembre de 2017, abril, octubre y diciembre de 2018, los cuales aparecen en la historia laboral con la observación "Deuda por no pago del subsidio por el Estado", pueden tenerse en cuenta o no a efectos del reconocimiento pensional que se pretende. Para tal efecto la Sala se remite a los medios de convicción incorporados al proceso, los que no dan cuenta de que haya concurrido alguno de los presupuestos antes esbozados para que la cotización efectuada por la actora pierda validez, como lo registró Colpensiones.

Así las cosas, le asiste razón a la cognoscente de primer grado cuando indicó que para el cálculo de la prestación se debían tener en cuenta todas las semanas incluidas aquellas que se realizaron para el periodo de septiembre de 2017, abril, octubre y diciembre de 2018, por virtud del régimen subsidiado, ello si se tiene en cuenta que no están dadas las circunstancias para que haya lugar a la devolución del subsidio en los términos del artículo 27 del Decreto 3771 de 2007, pues no se demostró que:

(i) La actora haya adquirido capacidad de pago para cancelar la totalidad de aporte; (ii) Tampoco que se dieron las condiciones del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la afiliada para el año 2017 y antes del 31 de diciembre de 2018 no reunía los requisitos de una pensión mínima de vejez ni fue pensionada por invalidez o anticipadamente; (iii) Quien además no contaba con 65 años cumplidos a esa data; (iv) Ni se acreditó que cumplió con el periodo máximo establecido para el otorgamiento del subsidio, haya dejado de cancelar 6 meses continuos el aporte que le corresponde o a lo sumo que la afiliada hubiere suministrado datos falsos para obtener el subsidio a la cotización en pensión.

En consecuencia, como no se encuentran acreditados tales presupuestos legales, es claro que estos periodos deben concurrir al conteo para efectos pensionales, tal y como lo dedujo con acierto la falladora de primer grado.

6. Conclusión. En ese contexto, los períodos que no fueron convalidados en la historia laboral emitida por Colpensiones, deben tenerse en cuenta para los efectos pensionales, que se traduce en 17.14, que sumadas a las 1.291.28 (periodos en mora e historia laboral) arroja un total de 1.308.42 semanas en toda su vida laboral desde el 1° de septiembre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2018.

7. Pensión de vejez. Clarificado lo anterior, para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas.

A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementarán en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

7.1. Edad. La demandante cumplió el requisito de edad de 57 años el 7 de septiembre de 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente digital.

7.2. Semanas. Como se dijo con anterioridad, la actora cuenta con un total de 1.308.42 a 31 de diciembre de 2018, por tanto, es claro que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, tal y con acierto lo encontró la A quo.

8. Causación y disfrute. Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"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."*

Lo anterior permite concluir que, la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, **como regla general para acceder al disfrute de la pensión.**

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que no es necesaria la desafiliación expresa o novedad de retiro para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y en ese orden se trae como referente la sentencia SL5603-2016, propalada en la sentencia SL11895-2017 y SL1302-2021, el cual refiere:

"En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia"

Así mismo, desde la sentencia de radicación No 38776 de 2011, reiterada en la SL8497-2014, se venía adoctrinando que:

"No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional."

Con fundamento en lo anterior, como la actora cumplió su estatus pensional o causación 31 de diciembre de 2018, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, es dable que a partir de dicha calenda sea de efectividad de la prestación económica, tal y con acierto lo dispuso la A quo. Lo anterior, en tanto que para la fecha en que aquella elevó la reclamación pensional, que lo fue el 30 de enero de 2019, contaba con más de las 1.300 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003 y a pesar de eso, de manera equivocada la convocada a juicio decide negar la

prestación, planteándose la posibilidad de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, hecho que fue aceptado por la pasiva, incluso cuando fundamentó su recurso de apelación, sin que por un momento se haya detenido a realizar el estudio de la prestación con la consecuente verificación de los aportes en mora que registró en la historia laboral y la iniciación de las respectivas acciones de cobro, para su recaudo.

Eso significativamente configura inducción en error, ya que le quedaba a la actora la opción de seguir cotizando o solicitar la indemnización sustitutiva, y al verificar la historia laboral se otea que dejó de cotizar el 31 de diciembre de 2018, y activó nuevamente sus cotizaciones en el mes de septiembre del año 2019, esto es, como consecuencia de la negativa pensional por parte de Colpensiones.

Debe precisarse en este aspecto que en materia de cálculo del IBL se tiene en cuenta hasta la última semana cotizada, conforme lo previene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; empero, tal regla permite la excepción en los eventos en que se configura la inducción en error, en la cual, se entiende que las cotizaciones realizadas con posterioridad no son válidas ya que "*redundan en perjuicio del asegurado*" (SL3235-2019), situación que generalmente se presenta cuando se hacen cotizaciones sobre un salario mínimo, lo que acontece en el sub examine, ya que las cotizaciones realizadas con posterioridad a la inducción en error no fueron significativas y no llevan a incrementar el Ingreso Base de Liquidación, ni la tasa de reemplazo aplicable, pues estas se hicieron sobre un salario mínimo legal mensual, circunstancia que permite a este Colegiado a mantener la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de apelación, pues ningún yerro cometió al señalar que la fecha de disfrute de la pensión lo sería a partir del 1 de enero de 2019.

9. Tasa de reemplazo y monto de la pensión. La pensión de vejez a favor de la actora debe ser reconocida a partir del 1° de enero de 2019, calculado en la forma establecida en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, atendiendo a que la demandante cotizó durante los últimos diez años sobre la base de un salario mínimo, la pensión de vejez lo será sobre dicho monto, esto es, en cuantía de \$828.116, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 13 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada con posterioridad a 31 de julio de 2011, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005. En ese orden, se confirmará en lo que hace a este punto, la sentencia apelada y consultada.

10. Prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afectada por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 1° de enero de 2019, la reclamación administrativa se presentó el 30 de enero de 2019, que fue resuelta a través de Resolución SUB 78867 del 30 de marzo de 2019, notificada el 4 de abril del mismo año, por tanto, debía de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la notificación de la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 20 de mayo de 2021, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo

11. Retroactivo pensional. Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, por lo que una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$48.147.785**, correspondiente a las mesadas causadas entre 1° de enero de 2019 al 31 de enero de 2023, y a partir del día siguiente Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional. En tal sentido, se **MODIFICARÁ** el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

| Retroactivo Pensional | | | | |
|------------------------------------|--------------------|---|--------------------|----------------------|
| Fecha inicial | Fecha final | Salario mínimo legal mensual vigente | N°. Mesadas | Total |
| 1/01/2019 | 31/12/2019 | \$ 828.116 | 13 | \$ 10.765.508 |
| 1/01/2020 | 31/12/2020 | \$ 877.803 | 13 | \$ 11.411.439 |
| 1/01/2021 | 31/12/2021 | \$ 908.526 | 13 | \$ 11.810.838 |
| 1/01/2022 | 31/12/2022 | \$ 1.000.000 | 13 | \$ 13.000.000 |
| 1/01/2023 | 31/01/2022 | \$ 1.160.000 | 1 | \$ 1.160.000 |
| Total Retroactivo Pensional | | | | \$ 48.147.785 |

12. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"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 efectúe el pago."*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se dijo que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge el criterio en su integridad sobre la material fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las citadas decisiones, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional.

Así las cosas, la Sala concluye que los réditos deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de

2018, la autoridad constitucional en "sede de control abstracto, 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"

Sentado lo anterior, ha decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: "se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003", y que "de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley" (CSJ SL787-2013).

Por último, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la misma Corporación (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió Colpensiones a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semanas, sin tener en cuenta los aportes pensionales que los empleadores dejaron hacer, siendo del caso reiterar que le competía a la entidad proceder al cobro de tales aportes y no lo hizo, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia contados a partir de radicada la solicitud, esto es, a partir del 30 de enero de 2019, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 30 de mayo del mismo año, para reconocer el derecho reclamado. Por lo dicho, no erró la juez de primer grado al ordenar el pago de los réditos reclamados a partir de dicha fecha, por manera que se sigue confirmar en lo que hace a este punto la sentencia consultada.

13. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, por haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

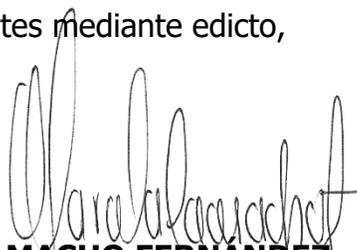
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la señora **MARÍA ELVIA RIVERA BAUTISTA**, la suma de **\$48.147.785**, como retroactivo pensional causado desde el 1º de enero de 2019 al 31 de enero de 2023. A partir del 1º de febrero de 2023, deberá seguir reconociendo una mesada pensional en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

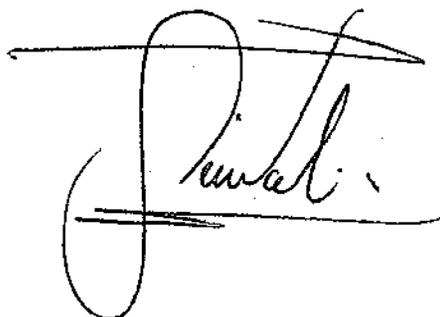
SEGUNDO: En lo demás, se **MANTIENE** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

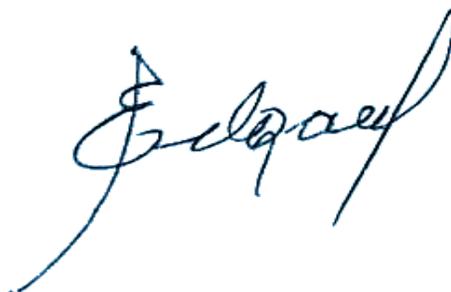
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de María Elvia Rivera Bautista y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA HELENA MORA TORRES
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 40-2021-00045-01
Tema: APELACIÓN DEMANDADA– PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-
MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. María Natalia Álvarez Rueda, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Helena Mora Torres, quien actúa por conducto de su curador definitivo Ernesto Mora Torres, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que la fecha de estructuración de la invalidez por discapacidad mental es anterior al 28 de julio de 2006, fecha de fallecimiento del señor Sixto Alberto Mora Rodríguez, padre de la interdicta. En consecuencia, se disponga a su favor la sustitución pensional por discapacidad mental absoluta, a partir del fallecimiento de su progenitora María Elena Torres de Mora que ocurrió el 12 de septiembre de 2017, quien fue beneficiaria de la prestación económica, junto con las mesadas causadas, debidamente indexadas, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que a Sixto Alberto Mora Rodríguez le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución núm. 07064 del 24 de septiembre de 1990 y en su calidad de progenitor fue la persona encargada de proveer económicamente por la manutención y cuidado de su hija desde la fecha de su nacimiento 19 de agosto de 1960. Indicó que el causante falleció el 28 de julio de 2006, razón por la cual, a la señora María Elena Torres de Mora, le fue concedida en calidad de cónyuge supérstite, pensión de sustitución, además, el Juzgado 16 de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 5 de julio de 2013, la designó como guardadora principal de su hija interdicta declarada también en dicha providencia.

Refirió que María Elena Torres de Mora falleció el 12 de septiembre de 2017, además, que el Juzgado Primero de Familia de Ejecución de Sentencias de Bogotá, mediante providencia del 20 de noviembre de 2019, dispuso que, ante la falta temporal o absoluta de guardador principal, ocuparía la designación quien fuera su suplente, esto es, Ernesto

Mora Torres. Informó que mediante Resolución SUB331542 del 27 de septiembre de 2018, Colpensiones le negó la sustitución pensional, en tanto que no se acreditó la invalidez con anterioridad a la muerte de su padre.

Explicó que dado a sus antecedentes médicos, la interdicta desde la pubertad presenta antecedentes psiquiátricos y desde el año de 1996 ha sido tratada clínicamente con dictámenes médicos, psiquiátricos y psicológicos que describen la afectación mental que padece. (Expediente digital, PDF 05Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 13DiligenciaNotificaciónANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que obra en el expediente concepto emitido por la entidad en el que se califica a la actora con una pérdida de capacidad laboral del 55%, estructurada el 1° de noviembre de 2017. Indicó que teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez de la solicitante es en dicha calenda, la cual es posterior a la del fallecimiento del causante y posterior al cumplimiento de la mayoría de edad, los cuales los alcanzó el día 19 de agosto de 1978, impide que sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes solicitada. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 3°, 4°, 8°, 10° y 12° al 17° y respecto de los demás señaló no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01ContestaciónDemanda)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre del 2022, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido formuladas por Colpensiones, respecto de la pensión de sobrevivientes deprecada. Declaró que la señora María Helena Mora Torres, tiene el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 2 de noviembre de 2017, en 13 mesadas pensionales y en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar a favor de la actora, la suma de \$56.307.900,62 por concepto de retroactivo pensional, suma que deberá ser indexada, autorizando para que, de dicho monto, se realicen los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud. Por último, no gravó en costas.

Para arribar a tal decisiva se propuso verificar si le asiste derecho a la demandante a que se le modifique la fecha de estructuración de su invalidez y por ende al reconocimiento de la sustitución pensional. Con tal propósito señaló que, mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral del 23 de marzo de 2018, la encartada declaró como fecha de estructuración de la invalidez el 1° de noviembre de 2017, la cual, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014, se determina con fundamento en la evolución de las secuelas de la enfermedad o accidente de la paciente o en la evolución progresiva que haya tenido esa enfermedad en el dictaminado.

Indicó que, en armonía con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la ocurrencia de la enfermedad o accidente, toda vez que puede suceder que las secuelas se manifiesten de manera posterior. Con fundamento en ello, adujo que la fecha de estructuración de la invalidez establecida por Colpensiones mediante dictamen núm. 729 de 2018, en el que se determinó un porcentaje del 55% de PCL estructurada a partir del

1° de noviembre de 2017, no necesariamente debía coincidir con los antecedentes de la patología de la actora, máxime que al revisar con detenimiento el mismo se observa que se realizó con base en la historia clínica de la señora Mora Torres.

Así las cosas, estimó con fundamento en el principio de la carga de la prueba que en el expediente no reposa tan siquiera una prueba que permita considerar la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez de la accionante, como fue solicitada en el escrito de demanda, luego dada a esa circunstancia el dictamen proferido por la encartada goza de plena validez. Precisó de las pruebas allegadas que la demandante fue declarada interdicta por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 5 de julio de 2013, decisión que se tomó con apoyo en el dictamen que fue proferido por el grupo de psiquiatría y psicología forense de Medicina Legal, sin que de tal medio de convicción se pueda acreditar que la fecha de estructuración fue anterior a dicha calenda.

Concluyó, entonces, que no hay lugar a modificar la fecha de estructuración de la invalidez declarada por Colpensiones ante la falta de medio probatorio, por lo tanto, tendría para todos los efectos de la misma el 1° de noviembre de 2017. Esclarecido lo anterior, se dispuso verificar si a la actora le asistía derecho al reconocimiento pensional solicitado, punto frente al cual señaló que la norma aplicable no es otra que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, dada la fecha de fallecimiento del pensionado que ocurrió el 28 de julio de 2006.

Bajo ese norte y con miras a determinar si la actora reúne los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, se remitió a lo dispuesto en la citada norma, precisando que la calidad de pensionado del causante se encuentra acreditado con los diferentes actos administrativos que expidió Colpensiones, por medios de los cuales se indicó que efectivamente a Sixto Alberto Mora Rodríguez, le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución núm. 07064 del 24 de septiembre de 1990. En cuanto a la calidad de beneficiaria de la actora, citó el literal c del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 38 y 47 de la Ley 100 de 1993, así como la sentencia SL13278 del 2017 y con ello precisó que para acceder a la prestación económica se debe acreditar el vínculo de consanguinidad con el causante, el estado de invalidez al momento del fallecimiento y la dependencia económica.

Así las cosas, encontró probado el vínculo de consanguinidad de la actora con el causante, además, que fue calificada inicialmente por Colpensiones, en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 55%, con fecha de estructuración del 1° de noviembre de 2017, por lo que si bien fue declarada legalmente inválida, lo cierto es que su estructuración lo fue en dicha data, es decir, con posterioridad a la fecha de fallecimiento de su progenitor, por consiguiente, aseveró que no le asiste derecho al reconocimiento pensional solicitado. Sin embargo, adujo que, atendiendo a las pruebas recaudadas durante el trámite del proceso, le era procedente acudir a las facultades otorgadas en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S. y, por ende, estudiar si a la demandante le asistía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Bajo ese norte, señaló que para efectos de estudiar la prestación económica debía acudir al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, precepto que consagra dos requisitos para acceder a la pensión de invalidez, esto es, que se demuestre la condición de invalidez de la afiliada y que sea superior al 50% y, que acredite un mínimo de 50 semanas de cotización con anterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Frente a lo primero indicó la falta de controversia en relación a que la actora fue calificada con una mengua laboral superior al 50%, con una fecha de estructuración del 1° de noviembre de 2017. Atinente al segundo requisito señaló con base en el reporte de semanas efectuadas por la demandante y que fue aportado por la

pasiva, que la misma cuenta con afiliación al sistema de seguridad social en pensiones desde el 5 de mayo de 1987, acreditando un total de 1.185,71 semanas de cotización, de las cuales 115.71 fueron cotizadas como independiente entre el 1° de noviembre de 2014 al 1° de noviembre de 2017.

Así las cosas, consideró que la demandante tiene causado el derecho a la pensión de invalidez, por lo que así debía declararlo. En cuanto a su cuantía dispuso que lo sería sobre un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que el ingreso base de cotización se hizo con esa cuantía. Respecto de la fecha de reconocimiento pensional señaló que lo sería a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, a partir del 2° de noviembre de 2017, en trece mesadas pensionales al año.

Atinente a la excepción de prescripción que formuló la accionada, indicó que la misma no está llamada a prosperar, pues aunque en el ordenamiento laboral está contemplado el término trienal, para ejercer las acciones correspondientes a los derechos laborales sobre los cuales se aplica la prescripción extintiva del derecho, lo cierto es que para las personas declaradas interdictas, no corre el término extintivo de la prescripción, es decir, que en este caso opera su suspensión mientras que estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos. (Expediente digital, 23AudienciaArticulos7780CPTSS)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que si bien las pretensiones de la demanda fueron negadas por el A quo y este a su vez aplica sus facultades ultra y extra petita y reconoce una pensión de invalidez, lo cierto es que no ha debido hacerlo en tanto que la prestación económica no tuvo agotamiento de la vía administrativa, ni fue solicitada en la demanda. (Expediente digital, 23AudienciaArticulos7780CPTSS)

6. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia y grado jurisdiccional de consulta. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El A quo erró al dar aplicación a las facultades ultra y extra petita de las que está provista, para imponer el pago de la pensión de invalidez a favor de la señora María Helena Mora Torres?; y (ii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión de invalidez bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, en caso positivo, a partir de qué fecha?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 5 de mayo de 1987, realizando aportes en calidad de trabajadora del sector privado y como independiente, logrando cotizar un total de 1.185,71 semanas, aspecto que además se logra corroborar con la historia laboral actualizada al 6 de julio de 2021 y que fue arrimada por Colpensiones junto con la contestación de la demanda.

Así mismo, atendiendo a la sustentación del recurso que se dirige en contra de la sentencia de primer grado, se mantiene inalterable que la señora María Helena Mora Torres, mediante dictamen núm. DML-729 de 2018, padece de una pérdida de capacidad laboral del 55%, producto de una enfermedad de origen común con fecha de estructuración 1° de noviembre de 2017, sin que la parte actora haya logrado desvirtuar tal conclusión adoptada por Colpensiones y que mantiene como cierta el A quo.

4. Principio de congruencia y facultades ultra y extra petita. La administradora recurrente, cuestiona al cognoscente de primer grado en rigor al haber aplicado el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para así disponer el análisis de la pensión de invalidez, en tanto que en la demanda no fue pedida la citada prestación económica, ni en sede administrativa a través de la reclamación directa a Colpensiones.

En efecto, el A quo impuso a la entidad recurrente, el reconocimiento y pago de la invalidez, por considerar que a pesar de que no fue solicitada en libelo introductor, evidenciaba que la actora no solo acredita el requisito de invalidez requerido para su causación, sino, además, cumplía con la densidad de semanas requeridas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que lo fue el 1° de noviembre de 2017, según dictamen proferido por Colpensiones. Lo anterior, tras considerar que se cumplían con los presupuestos para que pudiese hacer uso de las facultades extra o ultra petita, previstas en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., atribución que le está dada por ser juez de primera instancia.

Con miras a resolver la cuestión dilucidada, la Sala debe recordar que la discrepancia puntual que dio origen al presente proceso radicó a desconocer el dictamen emitido por Colpensiones, fundamentalmente en lo relativo a la fecha de estructuración de la invalidez, considerando que tal data no es coherente con su historial médico, mismo que daba cuenta de que su estructuración se dio con anterioridad al fallecimiento de su progenitor, de ahí que no existían razones para negar la sustitución pensional deprecada. Con base en ello, la solución de esta controversia implicaba en primer término determinar si la fecha de estructuración de la invalidez se configuró con anterioridad al deceso del señor Sixto Alberto Mora Rodríguez, para posteriormente establecer si había lugar al pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, pues la decisión debía guardar coherencia tanto con los hechos como las pretensiones y excepciones alegadas por los contendientes.

Entonces, se advierte de lo dicho, que en principio no le era posible emprender el estudio por parte del cognoscente de primer grado en lo atinente a si la actora era o no beneficiaria de la pensión de invalidez, ya que tal aspecto no fue incluido en las pretensiones del libelo introductor, debiéndose excluir por tanto de su estudio, como bien lo señala Colpensiones en su alzada. Lo anterior, en atención a que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."*(SL440-2021). Por manera que en el presente asunto al no involucrar las pretensiones de la demanda ningún reclamado sobre la pensión de invalidez, en principio impedida al fallador de primer grado hacer un pronunciamiento sobre una pretensión que no se incoó.

No obstante, como bien lo consideró el A quo, desde la óptica legal y jurisprudencial existen excepciones con las cuales el juzgador se puede apartar del marco de la relación jurídico procesal trazado por las partes, siempre que: "(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (*extra petita*) o más allá de lo suplicado (*ultra petita*), conforme lo prevé el artículo 50 *ibídem*". Esto último, es precisamente lo que empleó el juez primigenio, para adentrarse al estudio del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En efecto, el sentenciador tras verificar si la actora cumplía o no con los requisitos de la sustitución pensional, lo que le implicaba determinar si se debía descartar o no la fecha de estructuración de la invalidez que establece Colpensiones a través de dictamen de pérdida de capacidad laboral, observó que se cumplían las condiciones que se requiere rigurosamente para la aplicación de las citadas facultades, pues a través de su estudio y de los demás elementos probatorios que allegaron las partes, encontró que si bien la actora no tenía derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, al no hallar medio de convicción tendiente a descartar el dictamen por medio del cual se señaló como fecha de estructuración el 1º de noviembre de 2017, de tal discusión quedaba facultado válidamente para entrar a estudiar un derecho no pedido y fallar por fuera de las súplicas de la demanda.

Lo anterior, en tanto que, contrario a lo afirmado por Colpensiones, de los supuestos de hecho que soportan las pretensiones, de las excepciones propuestas por la pasiva y de los elementos de prueba, se podía evidenciar un derecho distinto no pedido en las súplicas de la demanda, situación que le dio la posibilidad para pronunciarse al respecto e impartir la respectiva condena, sin que por ello pueda afirmarse, como se hizo, un quebranto al principio de congruencia, ni al debido proceso de la recurrente, por la potísima razón de que tales aspectos fueron discutidos y probados en juicio, reuniéndose así las condiciones del artículo 50 del C.P.T. y de la S.S.

En este punto, debe precisarse por la Sala que dicha facultad (por fuera de lo pedido) requiere rigurosamente que "(i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio." (SL3614-2021). Por consiguiente, habiendo sido una temática discutida por las partes la invalidez de la actora y la fecha de su estructuración, además, al adosarse la historia laboral de la misma por la pasiva, el A quo contaba con la posibilidad de hacer uso de las facultades *extra* y *ultra petita*, ya que se reunían las condiciones para hacerlo, aun cuando se dirigió la acción a la obtención de la pensión de sobrevivientes.

De tal suerte que, acreditados como están los requisitos señalados, la Sala encuentra la inexistencia del vicio procesal alegado, toda vez, que no incurrió el sentenciador de primer grado en el quebranto que le achaca la impugnante, máxime cuando no es condición, por no hallarse en la norma, que para aplicar las facultades *extrapetita*, previamente se tenga que agotar la reclamación administrativa señalada en el artículo 6 del C.P.T. y de la S.S., pues solo se requiere que los hechos que originan la determinación hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente acreditados, lo cual claramente acontece en el caso de marras.

De lo expuesto se sigue, confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este reproche.

5. Pensión de invalidez. La prestación económica se encuentra regulada en la ley 100 de 1993, cuerpo normativo que en su artículo 38 estableció que, para entrar a considerar como inválida a una persona, imperativo es que haya perdido por lo menos el 50% o más de su capacidad laboral, por cualquier causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente. Surge de lo expuesto, que dos hechos importantes preceden el reconocimiento del derecho prestacional, el primero, la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, que será la que determina si hay lugar a la prestación económica y la fecha de estructuración de la invalidez, que en últimas define el ordenamiento jurídico que debe aplicarse para resolver el derecho.

Precisión necesaria, para significar que en el *sub júdice* ninguna controversia se ha presentado en torno al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que determinó Colpensiones y que dictaminó en el 55%, tampoco en relación con la fecha de estructuración que lo fue el 1° de noviembre de 2017, por consiguiente, la norma que ha de aplicarse para establecer si existe o no el derecho deprecado, son los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, vigente al momento de producirse el estado de invalidez; estableciendo que para ser acreedora de la pensión de invalidez, imperativo es cumplir con dos requisitos, esto es, tener una pérdida de capacidad superior al 50%, hecho que cumplió la actora, como ya se anotó, y adicionalmente, se le exige que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Con miras a determinar si cumple o no con el segundo de los requisitos en cita, obra en el plenario historial laboral actualizada al 6 de julio de 2021, en la que se verifica que la actora cotizó un total de 1.185,71 semanas, de las cuales, se resalta que dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, esto es, desde el 1° de noviembre de 2014 al 1° de noviembre de 2017, alcanzó un total de 805 días que se traducen en 115 semanas, luego es evidente que supera el número de semanas que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003.

Significa lo anterior que tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada desde el 1° de noviembre de 2017, fecha en la que se declaró el estado, en términos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993. Ahora, como el A quo ordenó el pago de la prestación económica a partir del 2° del mismo mes y día, sin que tal decisión haya sido objeto de reproche por la actora, la Sala mantendrá incólume tal determinación, a más porque no es dable hacer más gravosa la situación de la apelante única que lo es la parte accionada.

6. Tasa de reemplazo y monto de la pensión. La pensión de invalidez a favor de la actora debe ser reconocida a partir del 2° de noviembre de 2017, calculado en la forma establecida en los artículos 21 y 40 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, atendiendo a que la actora cotizó durante los últimos diez años sobre la base de un salario mínimo, la prestación económica lo será sobre dicho monto, esto es, en cuantía de \$737.717, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 13 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada con posterioridad a 31 de julio de 2011, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005. En ese orden, se confirmará en lo que hace a este punto, la sentencia apelada y consultada.

7. Prescripción. Verifica la Sala que la encartada propuso como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción en la contestación de la demanda, frente a la cual ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

Ahora, tiene dicho la Sala con fundamento en los artículos 2541 y 2530 del Código Civil del C.C., que, en tratándose de menores de edad, incapaces y en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, el término de prescripción se suspende mientras dicha imposibilidad subsista; punto frente al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado, por ejemplo, en sentencia SL2456-2021, que:

“En ese orden, el termino extintivo se suspende en favor de la demandante dado su estado de salud, sin que el mismo se haya reanudado debido a que aún no ha superado la patología como se confirmó en el último dictamen.

Lo anterior según lo dispuesto en sentencias de 06 de septiembre de 1996, rad. 7565, de 11 de diciembre de 1998, rad. 11349, de 18 de octubre de 2000, rad. 12890, de 07 de abril de 2005, rad. 24369 y de 15 de febrero de 2011, rad. 34817, en las cuales se dijo que:

[...] como el tema de la suspensión de la prescripción que afecta derechos de menores, sordomudos, incapaces, discapacitados mentales, y en general, de personas representadas por guarda, curador o tutor, no se encuentra regulado en los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T., se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C., puntualizando que aunque la ley laboral establece una prescripción que, frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, ya que procura la reclamación rápida consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar, y deja de operar en el momento en que su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda, por lo que es claro que la suspensión opera sin consideración a que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquél incurra no puede afectar la situación jurídica del representado

Así mismo, no puede afirmarse que por contar con un curador se superó la discapacidad o la facultad del ejercicio de acción, pues la norma señalada consagra la conjunción “y” de forma disyuntiva, por lo que tanto quienes se encuentren con la afectación indicada o sean representados mediante curador, tutor u otros son beneficiarios de lo prescrito en la norma.

Lo anterior se confirma con el inciso cuarto de la norma en cita que afirma que se suspende el medio exceptivo para los administradores de los patrimonios ajenos.”

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que al ser declarada en interdicción por discapacidad mental absoluta a la señora María Helena Mora Torres, por el Juzgado Dieciséis de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 5 de julio de 2013, es claro que se encuentra en suspenso el término de la prescripción, de ahí que no haya lugar a declarar la excepción probada, tal y con acierto lo esbozó el A quo.

8. Retroactivo pensional. Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$60.467.890**, correspondiente a las mesadas causadas entre 2º de noviembre de 2017 al 31 de enero de 2023, y a partir del día siguiente Colpensiones deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja

el Gobierno Nacional. En tal sentido, se **MODIFICARÁ** los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primer grado.

| Retroactivo Pensional | | | | |
|------------------------------------|--------------------|---|--------------------|----------------------|
| Fecha inicial | Fecha final | Salario mínimo legal mensual vigente | Nº. Mesadas | Total |
| 2/11/2017 | 31/12/2017 | \$ 737.717 | 28 días y 2 meses | \$ 2.163.959 |
| 1/01/2018 | 31/12/2018 | \$ 781.242 | 13 | \$ 10.156.146 |
| 1/01/2019 | 31/12/2019 | \$ 828.116 | 13 | \$ 10.765.508 |
| 1/01/2020 | 31/12/2020 | \$ 877.803 | 13 | \$ 11.411.439 |
| 1/01/2021 | 31/12/2021 | \$ 908.526 | 13 | \$ 11.810.838 |
| 1/01/2022 | 31/12/2022 | \$ 1.000.000 | 13 | \$ 13.000.000 |
| 1/01/2023 | 31/01/2022 | \$ 1.160.000 | 1 | \$ 1.160.000 |
| Total Retroactivo Pensional | | | | \$ 60.467.890 |

9. Indexación de las mesadas adeudadas. Es claro que las mesadas causadas y no canceladas deben ser indexadas, ello ante su evidente devaluación monetaria.

10. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haber sido causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 3º y 4º de la sentencia consultada y apelada, los cuales quedarán de la siguiente forma:

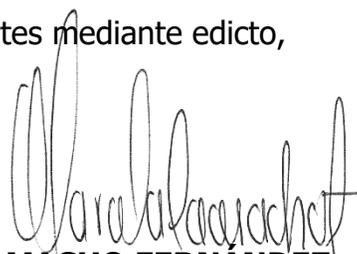
“**TERCERO: DECLARAR** que a la demandante María Helena Mora Torres le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el dos (2) de noviembre de 2017 al treinta y uno (31) de enero de 2023 en la suma de **\$60.467.890**.”

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor de la demandante María Helena Mora Torres, la suma de **\$60.467.890** por concepto de retroactivo pensional, conforme a lo expuesto. Suma que deberá ser debidamente indexada conforme a lo considerado. Autorizando a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud.”

SEGUNDO: En lo demás, se **MANTIENE** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por no haber sido causadas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *ROCÍO RODRÍGUEZ CABALLERO*
DEMANDADO: *COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y MINHACIENDA.*
RADICACIÓN: *110013105-007-2020-00463-01*
ASUNTO: *APELACIÓN*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO- DEVOLUCIÓN DE SALDOS*

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROCÍO RODRÍGUEZ CABALLERO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que la demandante continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP Colfondos S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación a la fecha en que se efectuó su traslado. Así mismo, que se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de las AFP, y proceda a reconocer la pensión de vejez desde el cumplimiento de los requisitos hasta que se materialice el pago; que Colpensiones descuente del retroactivo los aportes que equivocadamente le fueron entregados a la demandante por parte de Protección S.A.; que subsidiariamente, en caso de no proceder el reconocimiento pensional, se solicite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la emisión y redención del bono pensional complementario, junto con sus intereses. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 05 de abril de 1961; que cotizó al ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de mayo de 1978; que en agosto de 1995 se trasladó a Colfondos S.A. y posteriormente a Protección S.A.; que las AFP del RAIS omitieron el deber de información, siendo su obligación legal; que en el año 2017 empezó los trámites para el reconocimiento pensional o en su defecto el reconocimiento de la indemnización sustitutiva; que tuvo inconvenientes con las semanas cotizadas en Colpensiones, razón por la cual dirigió varias solicitudes, pero fueron infructuosas; que ante la insistencia de Protección S.A., aceptó el dinero ofrecido como devolución de saldos, sin embargo, insistió en que le faltaban semanas de cotización que no registraban en su historia laboral; que a mediados del año 2019 Protección S.A. le comunica que la historia laboral había tenido variaciones; que el 05 de septiembre de 2019 radicó una comunicación ante Protección S.A., manifestando que le era imposible hacer el reintegro de lo consignado como devolución de saldos, y que acepta la pensión; que el 17 de enero de 2020, Protección S.A. le informa que para constituir el derecho a la pensión de vejez es necesario contar con los recursos

solicitados a reintegrar, ya que tales recursos hacen parte de la financiación de la pensión de vejez; que el 26 de junio de 2020 Protección S.A. le solicitó a la demandante el reintegro de lo devuelto a título de bono pensional y lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual para proceder al estudio de la garantía de pensión mínima, dándole un mes para ello, de lo contrario aplicaría el desistimiento tácito a la solicitud; que manifestó su desacuerdo al desistimiento tácito, aduciendo al fondo privado que era su responsabilidad brindar una solución a su problema; que presentó una propuesta para zanjar tal situación ante el fondo privado, ya que estaba imposibilitada en devolver la suma que inicialmente le fue reconocida como devolución de saldos, sin embargo, la misma no fue atendida; que la afiliación al fondo privado es nula por vicio en el consentimiento. (fol. 1 a 16).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 05); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones, aunado a que los asesores brindaron a la demandante la asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen; que la demandante tenía la oportunidad de devolverse al régimen de prima media con prestación definida y no lo hizo. Propone como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago (fols. 1 a 16 archivo No 11).

3.2 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información), o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo); que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante; que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria. Asimismo, que no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra en la prohibición legal de traslado por estar a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, y la innominada o genérica (fols. 1 a 45 archivo No 12).

3.3 AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que la actora no tiene la calidad de afiliada al SGP, sino que su actual status es el de retirada del sistema por devolución de saldos por vejez por parte de Protección S.A.; que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para

realizarlo; que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea; que no es viable que un pensionado o retirado del sistema por devolución de saldos, pretenda el traslado a otra administradora de pensiones; que al recibir la devolución de saldos, la cuenta de ahorro individual quedó totalmente vacía; que el bono complementario a que tendría derecho la demandante únicamente puede ser reconocido y pagado una vez el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorice su pago. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, imposibilidad de percibir dos prestaciones del Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, y la innominada o genérica (fols. 1 a 39 archivo No 15).

3.4 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que en lo que respecta a sus funciones emitió y redimió un bono pensional tipo A con destino a Protección S.A., por devolución de saldos; que en el evento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, debe Protección S.A. o la demandante reintegrar a la Nación el valor del bono pensional debidamente actualizado, desde la fecha del pago hasta que se haga el respectivo reintegro. Propuso como excepciones de fondo las de la suerte de lo accesorio es la suerte del principal, buena fe, prescripción, y la genérica (fol. 1 a 43 archivo No 24).

3.4 MINISTERIO PÚBLICO. En su intervención señaló que en el caso concreto debe aplicarse lo dispuesto en la sentencia SL373-2021, ya que la actora cuenta con una situación jurídica consolidada, y que si bien se difiere en tanto la posición de la corte se trata de un pensionado, lo cierto es que ambas prestaciones, desde el punto de vista del deber de información y la consolidación de derechos son asimilables y por tanto también ameritan similar solución jurídica. Propuso como excepción de fondo la de compensación (fol. 1 a 11 archivo No 23).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de septiembre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizada por la actora al RAIS, ordenado a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos generados hasta que se haga efectivo el traslado; ordenar a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., trasladar a Colpensiones el porcentaje destinado a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la actora sin solución de continuidad en su afiliación; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver los dineros depositados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la cuenta de ahorro individual de la demandante a título de bono pensional, debidamente indexado y con destino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; ordenó a PROTECCIÓN S.A. y a la demandante a que lleguen aún acuerdo de pago para la devolución de los dineros recibidos por concepto de devolución de saldos pagados a la actora, debidamente indexados, sin afectar su mínimo vital; absolvió a Colpensiones del reconocimiento pensional; condenó en costas a los fondos demandados, y sin lugar a costas a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de

tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia del acto.

Frente a la devolución de saldos, manifestó que no se discute que la actora recibió la devolución de saldos en la que iba incluido el bono pensional, lo que en principio podría dar lugar a la consolidación de una situación jurídica; sin embargo, en el sub examine, existe un pésimo manejo de la información del fondo de pensiones, en la cual, el desgreño administrativo del manejo de la historia laboral no puede achacársele al trabajador, ya que habían periodos en la historia laboral que se omitieron y afectaron la expectativa pensional, pero aún así se otorgó la devolución de saldos. Igualmente, para el momento de la re-asesoría Protección S.A. si tuvo en cuenta las cotizaciones antes de 1994, por lo que, la defensa de Protección S.A. no tiene ningún fundamento, pues otorgó la devolución de saldos sin tener en cuenta la historia laboral de la actora, reconociéndose tal prestación económica cuando no tenía derecho a ello sino a la garantía de pensión mínima, razón por la cual, lo procedente es que llegue a un acuerdo con la demandante para la devolución de esos dineros, toda vez que Protección S.A. no solicitó ninguna condena a cargo de la demandante.

En cuanto a la excepción de prescripción, adujo que la ineficacia del traslado está ligado al derecho irrenunciable de la pensión de vejez.

En ese orden, ordenó que PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dinero que debe incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha, los gastos de administración, comisiones y lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales:

COLPENSIONES: Manifiesta que el acto jurídico de traslado cumplió con todos los requisitos exigidos, por lo cual es válido; que la demandante en la actualidad no cuenta con la condición de afiliada, sino que esta retirada del sistema por devolución de saldos; que no posee saldos en la cuenta de ahorro individual ya que recibió la devolución de saldos; que existe imposibilidad de devolver a Colpensiones algo que ya no existe; que por el tiempo que duró afiliada en el RAIS tenía la vocación de permanencia, saneando cualquier nulidad o ineficacia; que debe tenerse en cuenta la sentencia SL373-2021, ya que la demandante al tener una situación jurídica consolidada no es procedente la ineficacia del traslado; que al momento en que se efectúa el cálculo de rentabilidad se encuentra que no se cumplió con este requisitos por la demandante; que con la decisión del traslado se descapitaliza el sistema y pone en peligro los derechos de los demás afiliados que si contribuyeron al sistema pensional; que no se comparte la condena en costas ya que Colpensiones no influyó en la decisión del traslado, y además no se puede destinar los recursos públicos para pago de costas, incluso Colpensiones es un tercero de buena fe.

PROTECCIÓN S.A.: Aduce que se olvidó por el despacho que no se está frente a un afiliado, sino frente a un pensionado, debiéndose dar aplicación a la posición pacífica

de la Corte Suprema, es decir, la no operancia de la ineficacia frente a quien tiene la devolución de saldos; que el juez manifestó que Protección S.A. ya sabía sobre la omisión de unas semanas, pero dejó de lado que en mayo de 2018 la demandante radicó solicitud de pensión aduciendo la falta de unos periodos; que la condena resulta gravosa para la demandante y para Colpensiones, ya que se está ordenando el traslado de unos recursos que no están en la cuenta; que se está afectando intereses de terceros como el bono pensional; que el juez ordena la condena como si se tratara de un perjuicio; que la demandante se trasladó entre administradoras del RAIS convalidando la información; que la demandante firma bajo juramento que no tiene las semanas para una pensión; que no se observa un daño y juramento estimatorio, y por ende, al ser una pretensión indemnizatoria, la misma es improcedente y además se encuentra prescrita; que debe tenerse en cuenta el criterio de la Corte Suprema en relación con las sentencias de improcedencia de la ineficacia en tratándose de pensionados; que a la demandante se le otorgó una devolución de saldos con la aprobación de su historia laboral, donde se le reconoce el capital y el bono pensional, sin embargo el juez ordena devolver unos saldos sin la indexación, lo que resulta gravoso para la demandada; en definitiva, solicita que se absuelva de todas y cada una de las pretensiones.

MINISTERIO PUBLICO: Peticiona que se revoque en su integridad la decisión de instancia y se absuelva a las demandadas de la pretensión de ineficacia, ello acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que no es procedente sostener que existe un deber de información a cargos de las AFP, ya que el caso presente contiene diferencias fácticas y jurídicas que hacen inviable la ineficacia del traslado, pues la demandante fue beneficiaria de la devolución de saldos; que Protección S.A. decidió reconocerle la devolución de saldos sin terminar en debida forma la reconstrucción de la historia laboral; que de conformidad con la Corte Suprema de Justicia, debe aplicarse en similares términos la sentencia SL373 de 2021; que el bono ya fue redimido; que el capital ya se encuentra desfinanciado y genera un déficit financiero; que no es posible retrotraer tales situaciones; que la actora tiene un estado jurídico consolidado; que la demandante aceptó y cobro la devolución de saldos; que no puede accederse a la ineficacia del traslado; que no puede desconocer que la AFP Protección S.A. no tomó las medidas pertinentes para actualizar y reconstruir la historia laboral y al incumplir esa obligación reconoció un derecho que no debía reconocer, ya que a la demandante le asistía el derecho a la pensión mínima, el cual debe reconocer la AFP.

6. Alegatos de conclusión. Alegó en su favor **Colpensiones** aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y aunque no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y el MINISTERIO PÚBLICO, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de

Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de la señora ROCÍO RODRÍGUEZ CABALLERO al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a haber recibido la devolución de saldos? Para lo cual se abordará también: (i) ¿Es procedente aplicar el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SL373-2021, a pesar de que no se trata de pensionada sino de beneficiaria de la devolución de saldos? En el caso que los anteriores problemas jurídicos sean respondidos en favor de los intereses de la demandante, se entrara a dilucidar ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora ROCÍO RODRÍGUEZ CABALLERO, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 25 de mayo de 1978 hasta el 31 de julio de 1995, conforme aparece en historial expedida por Colpensiones (Folio. 1 a 7 archivo No 14); que se trasladó a COLFONDOS S.A., el 25 de mayo de 1995, según formulario de afiliación (Folio. 669 archivo No 02); que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 25 de agosto de 2003, según formulario de afiliación (Folio. 48 archivo No 15); que luego se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de abril de 2010, según formulario de afiliación (Folio. 49 archivo No 15); que el 10 de octubre de 2018 la demandante recibió la suma de \$117.202.982 por concepto de devolución de saldos (Folio. 97 archivo No 15).

5. Ineficacia del traslado – devolución de saldos – sentencia SL373-2021 improcedencia de la ineficacia en tratándose de pensionados. En torno de la definición de esta clase de controversias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse, en derredor de la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo “abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep.

2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”.

En la citada providencia, la Corte expresó que la calidad de pensionado es una *"situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer"*, ya que ello conllevaría a configurar *"disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto"*.

Igualmente, el máximo tribunal de esta jurisdicción, subraya que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso.

Así mismo, en providencia SL1309-2021, hace eco de lo ya dicho en la sentencia SL373-2021, con el aditamento conceptual de definir en qué momento se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS para efecto de verificar la procedencia o no del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa, menciona que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 se adquiere la calidad de pensionado en el RAIS cuando el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular opte por cualquiera de las modalidades pensionales en el RAIS, ya que de tal escogencia se determina las características de su mesada pensional.

Ahora, nótese que el presente asunto versa sobre la ineficacia de quien no tiene la calidad de pensionado sino que recibió el RAIS la devolución de saldos; no obstante, la censura de los recurrentes radica en que debe aplicarse la misma solución jurídica de la improcedencia de la ineficacia en tratándose de pensionados contenida en la sentencia SL373-2021, ante lo cual, tempranamente se anticipa su improcedencia, pues constituyen dos figuras que no son equiparables y que en concreto ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la SL3343-2022, que rememoró la SL3464-2019, en donde dijo:

"Dicho esto, le corresponde a la Sala definir si el Tribunal se equivocó al considerar que no era viable declarar la ineficacia del traslado del RPM al de RAIS por cuanto se le había entregado al demandante la devolución de saldos.

Desde ya se avizora que el cargo tiene vocación de prosperar, pues en los casos en los que se constata que el traslado de régimen pensional es ineficaz por no obedecer a una decisión libre y voluntaria, pero al afiliado ya se le ha cancelado la devolución de saldos, lo que procede es que este retorne el dinero a modo de compensación o restitución. Ello es así, en la medida en que la devolución de saldos no deja de ser un sucedáneo de la prestación principal que el sistema ofrece como verdadero mecanismo para cubrir la contingencia de la vejez, como lo es la pensión, de modo que, en rigor, el hecho de ser beneficiario de tal prestación alternativa no tiene la equivalencia jurídica de la condición de pensionado.

Por eso, resulta abiertamente impertinente importar al sub judice el raciocinio de la Corte y las subreglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia CSJ SL373-2021, habida cuenta de que en esa ocasión adoctrino esta Corporación que lo que constituye un obstáculo para declarar la ineficacia del traslado es que, el antes afiliado, adquiera la

calidad de pensionado del RAIS, por tratarse de un hecho consumado, una situación jurídica consolidada, «un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer».

(...)

Como bien puede advertirse, no es posible equiparar la condición de pensionado, con el hecho de que el afiliado reciba una devolución de saldos, pues en estos casos, ante la certeza de que el traslado se hizo soslayando las exigencias de que la decisión fuera libre y voluntaria, no es irrazonable retrotraer las cosas al estado en el que se hallaban, pues bastaría con disponer que el beneficiario retorne lo percibido por aquel rubro, a modo de compensación o restitución. Así lo explicó la Corte en la sentencia CSJ SL3464-2019:

3. ¿La vuelta al statu quo ante obliga a retornar la devolución de saldos?

La ineficacia del traslado por inobservancia del deber de información puede plantear situaciones muy peculiares, con variables inexistentes en otros precedentes, que, en esa medida, invitan a la reflexión judicial. Por tanto, el cómo volver en justicia al «statu quo ante» no resiste reglas absolutas o interpretaciones lineales, desprovistas de un análisis particular y concreto.

Tal es el caso de autos, en el cual se plantea una variable nueva: el demandante recibió la devolución de saldos. Ante este hecho, para la Corte la solución adoptada por el Tribunal no es equivocada, por las razones que se exponen a continuación:

Si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, tales como las pensiones (CSJ SL 26279, 25 oct., 2005; CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 55500, 10 abr. 2013; CSJ SL703-2013; CSJ SL7107-2015; CSJ SL4489-2018; CSJ SL232-2019)

En contraste, respecto a la devolución de los saldos o de las cotizaciones, esta Sala ha dicho que, de ordenarse el reconocimiento del derecho principal -la pensión-, procede su compensación o restitución, pues estos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional. En efecto, en sentencia CSJ SL3186-2015, reiterada en CSJ SL6558-2017, la Sala adoctrinó:

Es evidente que el sistema de seguridad social en pensiones, de carácter contributivo, instituido por la Ley 100 de 1993, tiene como sustento que el afiliado cumpla con una densidad de cotizaciones que son las que le garantizan el acceso a la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Ese capital destinado a la financiación de las prestaciones, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, en el caso de la devolución de saldos, debe entenderse hecho a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la pensión, caso último en el cual lo que procede es la restitución para que se financie.

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.

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.

Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Teniendo en cuenta estos argumentos, para la Sala, la actuación del Tribunal de autorizar a la entidad de seguridad social pagadora de la pensión para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero”.

Ello así, siguiendo los anteriores derroteros, similares al caso aquí estudiado, concluye la Sala que no es procedente aplicar las reglas dispuestas en la sentencia SL373-2021, ya que aquella tesis jurisprudencial trata de quien tiene la calidad de pensionado por el RAIS, situación diferente a la de la actora, pues no tiene la calidad de pensionada, aunado a que, el hecho de haber recibido la devolución de saldos no la convierte en pensionada, máxime si se tiene en cuenta que con posterioridad al reconocimiento de la devolución de saldos se constata unas correcciones en la historia laboral que llevaron a realizar un nuevo estudio de la prestación, concluyéndose que puede optar por la garantía de pensión mínima en el RAIS, prestación que no fue reconocida por parte de la AFP Protección S.A. y que por ende no funge como pensionada para aplicar la sentencia SL373-2021. Precizando que para estos efectos, poco o nada interesa si previo al otorgamiento de la devolución de saldos la AFP ya tenía conocimiento de la historia laboral completa, pues en nada cambia la situación jurídica de la actora en

punto a la procedencia de la ineficacia de traslado de quien ha recibido la devolución de saldos.

Así las cosas, al ser procedente estudiar la ineficacia del traslado de quien recibió la devolución de saldos en el RAIS, lo que sigue es adentrarse en el estudio de los problemas jurídicos relativos a la configuración o no de la ineficacia del traslado en el sub examine.

6. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|----------------------------|--|--|
|----------------------------|--|--|

| | | |
|--|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

Así, para la data en que la actora se trasladó a COLFONDOS S.A., esto es, 25 de mayo de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Actos de relacionamiento. Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado

permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLFONDOS S.A. en el año 1995.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 25 de mayo de 1995, queda sin efectos el consecutivo traslado efectuado al interior del RAIS, el que se itera, no convalida el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

11. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep.

2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas, debidamente indexado, incluido el tiempo de permanencia de la actora en cada una de las AFP (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Ahora, como en la sentencia de primer grado se hizo extensiva la condena a la AFP COLFONDOS S.A., y congloba de manera expresa la devolución de los conceptos atrás referidos, habrá de confirmarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se confirmara que tales conceptos, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, como acertadamente lo determinó el a quo.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

En este punto, en lo relativo a la que Protección S.A. debe devolver a Colpensiones los aportes con los rendimientos, sin perjuicio del acuerdo que llegue con la actora para restituir o devolver lo recibido como devolución de saldos, resulta ser una solución jurídica razonable, pues considera la Sala que la AFP demandada debía presentarle a la actora los distintos panoramas frente al acceso a las prestaciones de ese sistema, y no limitarse a otorgarle la devolución de saldos sin desentrañar en debida forma la historia laboral de la actora, pues corresponde uno de sus deberes profesionales, y así lo tiene decantado la Corte en la sentencia SL1666-2021, en los siguientes términos: *"la actuación de las administradoras de pensiones debe estar dirigida a la satisfacción de esos fines que busca el sistema, **brindando un acompañamiento integral al asegurado**, no solo cuando se afilia al régimen pensional, sino durante su permanencia en el mismo **y con mayor razón, en el momento en que se configuran las condiciones necesarias para el disfrute pensional**".* (Negrilla fuera del texto)

De esta manera, como se debe trasladar a COLPENSIONES de manera integral los aportes, rendimientos y demás conceptos, debe PROTECCIÓN S.A. proceder a cumplir la orden impuesta por el juzgado de origen, sin perjuicio del acuerdo de pago que haga con la actora. Ahora, siguiendo los derroteros de la sentencia SL3343-2022, en el remoto evento de que la actora proceda a solicitar la pensión de vejez ante COLPENSIONES y está aún no cuente con los aportes y rendimientos o el capital que fue otorgado como devolución de saldos a la demandante, está facultada *"para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero"*, ello con fundamento en que la actora al haber recibido la devolución de saldos no solo es deudora frente a PROTECCIÓN S.A., sino frente al sistema general de pensiones, el cual también incluye a COLPENSIONES.

De otro lado, la restitución de la devolución de saldos por parte de la demandante se ordenó que sea debidamente indexada, razón por la cual no le asiste razón al recurrente, pues así quedó expreso en el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

Finalmente, debe indicarse que las órdenes impartidas a la AFP PROTECCIÓN S.A. no son a título de indemnización, sino como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia

del traslado, esto es, aplicando los efectos de la vuelta al *statu quo* y, por ende, se desestima tal punto de apelación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Protección S.A. y COLPENSIONES y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas se imponen a la parte vencida en el proceso, lo que ocurrió con COLPENSIONES, además de que presentó férrea oposición a las pretensiones de la demandante, con lo cual, la alzada en este aspecto se despacha desfavorablemente.

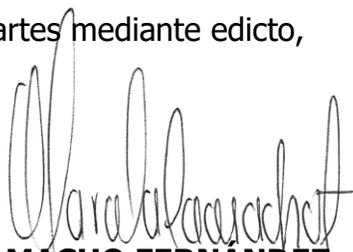
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

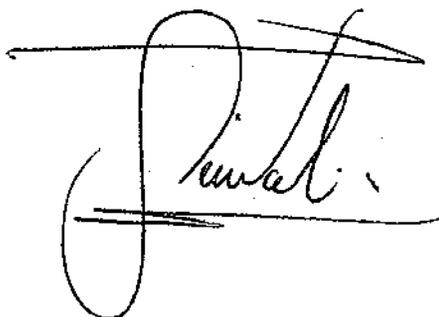
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

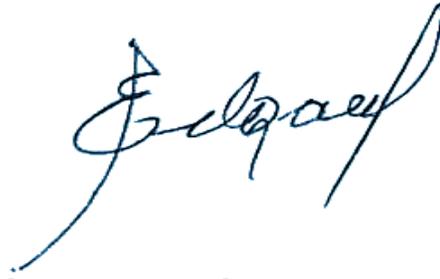
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

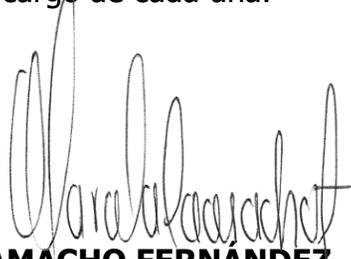


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AURORA CALDERON
Demandada: COLPENSIONES y OTRO
Radicado No.: 09-2019-00155-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. AURORA CALDERON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, con el propósito de que sea condenada a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes con sus respectivas mesadas adicionales y reajustes de ley, a partir del 19 de septiembre de 2018, fecha en la que se produjo el fallecimiento. Así mismo, pidió el pago de intereses moratorios, la indexación, y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Delio Céspedes Torres contrajo matrimonio con la señora Aurora Rojas el 28 de agosto de 1971, con quien cesó los efectos civiles del matrimonio a través de sentencia del 07 de junio de 1996 del Juzgado 4° de Familia de Bogotá, e igualmente liquidaron la sociedad conyugal a través de escritura pública No 4551 del 25 de julio de 1990; que la demandante y el señor Delio Céspedes Torres mantuvieron una relación sentimental e iniciaron a convivir libremente en el mismo techo desde el año 2000 hasta el año 2006 cuando se separaron; que el 11 de marzo de 2011 nuevamente inician una relación y reanudan la convivencia; que el 12 de noviembre de 2015 contrajeron matrimonio por lo civil ante la Notaria 19 del Circulo Notarial de Bogotá; que mediante resolución No 15855 del 28 de abril de 2006 le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS al señor Delio Céspedes Torres; que por diferencias con la familia e hijos del señor Delio Céspedes Torres fue sacada a la fuerza y de manera violenta del inmueble donde residía y convivía con el causante, hecho que ocurrió el 12 de noviembre de 2016; que la convivencia se vio interrumpida por justa causa por diferencias presentadas con el señor Isnardo Céspedes Rojas hijo del señor Delio Céspedes Torres; que el señor Delio Céspedes Torres falleció el 16 de septiembre de 2018; que mediante resolución SUB 22009 del 25 de enero de 2019 Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con sustento en que no acreditó la convivencia en los últimos cinco años de vida del señor Céspedes Torres; que la interrupción de la convivencia fue por justa causa, ya que fue sacada a la fuerza del inmueble por parte de terceros, sin que el causante haya evitado tal arbitrariedad; que la demandante es la legítima y única esposa, y cumple los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. (Expediente digital, PDF. 03 Demanda (fls 01 a 05))

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la actora no cumple los requisitos establecidos en los artículos 47 y siguientes de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del señor Delio Céspedes Torres, ya que no logró comprobar la convivencia ininterrumpida dentro de los últimos cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento del titular del derecho deprecado. Formuló como de mérito las de inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica. (Expediente digital, PDF. 08 – Fls. 01 a 11)

2.2. Aurora Rojas de Céspedes. Fue vinculada como tercera Ad Excludendum y una vez notificada se opuso a las pretensiones de la demanda interpuesta por Aurora Calderón, solicitando que la sustitución pensional le sea reconocida a la interviniente en calidad de cónyuge supérstite, ya que el vínculo matrimonial se encontraba vigente, así como la unión marital suscitada entre 1971 a 1996, relación que en todo caso fue superior a los 5 años y se prolongó hasta el momento del fallecimiento del causante. (Expediente digital, PDF. 15. folios 1 a 12)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF. 7, folio 1 a 2), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de octubre del 2022, en la que la falladora declaró probadas las excepciones propuestas por Colpensiones denominadas inexistencia de causa para demandar, e inexistencia de intereses moratorios o indexación, condenando en costas a la demandante Aurora Calderón y a la interviniente excluyente Aurora Rojas de Céspedes.

Para arribar a tal determinación señaló en primer lugar que debía proponerse verificar si la señora Aurora Calderón, en calidad de cónyuge supérstite o Aurora Rojas de Céspedes, resultan ser beneficiarias de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del pensionado Delio Céspedes Torres. A ese propósito señaló como hecho indiscutible entre las partes que aquél contaba con una pensión de vejez que fue reconocida por el ISS mediante núm. 015855 del 24 de marzo de 2006, efectiva a partir del 19 de noviembre del 2005.

Sentado lo anterior, dijo con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 16 de septiembre de 2018.

Así, citó la preceptiva, para destacar que en caso de que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o compañera permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad al deceso. Preciso que en la ley se contempla que al no existir convivencia simultánea, pero se mantiene vigente la unión conyugal a pesar de mediar separación de hecho, la compañera permanente podrá cobrar una cuota parte de lo correspondiente al literal a), en un porcentaje al tiempo convivido con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento y la otra cuota parte le corresponderá a la

cónyuge; pero en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años antes del fallecimiento, debe hacerse una distribución entre estas en proporción al tiempo que se acredite de la respectiva convivencia.

Bajo ese horizonte, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que en el caso de la señora Aurora Rojas de Céspedes, aquella contrajo matrimonio con el señor Delio Céspedes el 28 de agosto de 1971, pero mediante escritura pública No 4551 del 25 de julio de 1990 decidieron disolver y liquidar de mutuo acuerdo la sociedad conyugal, aunado a ello, mediante sentencia del 07 de junio de 1996 proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá se declaró la cesación de efectos civiles del matrimonio, sin que se observe o demuestre por la interviniente prueba alguna que de fe de la existencia de una unión entre las partes con posterioridad, máxime si fue la misma interviniente quien manifestó que tras la separación conservaron domicilios independientes y que después de 1996 no volvieron a convivir como pareja pero que siempre estuvieron presentes en la vida de sus hijos; que los testigos Rosario Granados y Simona Maribel González dieron cuenta de que después del año de 1996 no volvieron a verlos juntos como pareja.

En relación con la señora Aurora Calderón, manifestó que no obraba medio de prueba alguno tendiente a demostrar convivencia con el causante, por el contrario, evidenció serias contradicciones de la declaración de Óscar Ochoa Ramírez y Jenny Romero Vargas, pues mientras el primero manifestó que conoció a la demandante en el comercio donde compartían locales comerciales, la segunda adujo que la actora jamás había trabajado mientras estuvo conviviendo con el señor Delio Céspedes; igualmente, el testigo Oscar Ochoa inicialmente manifestó que no había vuelto a ver al señor Céspedes desde el año 2006, pero más adelante dijo que lo había encontrado en enero o febrero de 2017, además que muchos de sus dichos obedecen a lo que la demandante les manifestó y no porque lo hayan presenciado directamente; que si bien acreditó la calidad de cónyuge, tras contraer matrimonio el 12 de noviembre de 2015, no se demuestran los cinco años de convivencia, pues dejaron de convivir el 09 de noviembre de 2016, sin que quedara demostrado que tal separación se efectuó por razones ajenas a su voluntad.

En consecuencia, señaló que ninguna de las reclamantes logró acreditar ser beneficiaria de la sustitución pensional tras el fallecimiento del señor Delio Céspedes Torres, lo que llevó a la absolución de Colpensiones. (Expediente digital, audio 42Parte12Audiencia06Octubre2022Arts77y80).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes:

5.1 Aurora Calderón. Manifestó que entre la señora Aurora Calderón y el señor Delio Céspedes Torres compartieron un vínculo amoroso o relación sentimental con convivencia en el mismo techo, lecho y mesa, y después de un receso de la relación, nuevamente, a partir del año 2011 procedieron a convivir y contrajeron matrimonio civil como se acredita en los respectivos documentos; que si bien es cierto hubo diferencias con la familia del señor de Céspedes, la demandante fue sacada a la fuerza de su residencia, lo cual ocasionó la interrupción de la convivencia, además de constituir justa causa de la separación, lo que no interrumpe la convivencia y por ende, tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional; que en el presente asunto se configura la excepción jurisprudencial de la configuración de la justa causa, misma que fue inaplicada de manera errónea por el despacho y no como lo establece la sentencia SU 108 del 2020; que existe insatisfacción con relación a las manifestaciones y la interpretación de las pruebas, toda vez que se le dio plena validez a los testigos de la contraparte, sin que hayan tenido credibilidad los testigos de la parte actora, con los cuales, le asiste derecho al reconocimiento pensional pretendido.

5.1 Aurora Rojas. Aduce que no comparte el fallo de primer grado, ya que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia hacen referencia a la convivencia de la cónyuge estableciendo que la misma es de cinco años en cualquier tiempo, es decir, no requiere que la convivencia sea en los cinco años anteriores al fallecimiento, ni tampoco que haya estado el matrimonio vigente; que en el caso concreto se dan los presupuestos para el reconocimiento pensional ya que la señora Aurora Rojas convivió 25 años de la vida con el causante, esto es, más de cinco años que se exige por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

6. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que por ser la conyugue sobreviviente con sociedad conyugal vigente, tiene derecho al reconocimiento pensional, tal y como lo demanda la norma, en donde predominó el auxilio mutuo, entendido como el acompañamiento espiritual permanente, el apoyo económico y la vida en común, desde el año 2011 hasta el día de su muerte.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante y la tercera Ad Excludendum se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿A las señoras Aurora Calderón y Aurora Rojas, en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por la muerte del señor Delio Céspedes Torres, acaecida el 16 de septiembre de 2018?; (ii) En caso afirmativo, establecer ¿cuál es el porcentaje de la cuota parte que corresponde a cada una de las beneficiarias?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Delio Céspedes Torres, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09640269, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 16 de septiembre de 2018. (Expediente digital, PDF. 02 AnexosDemanda (fl 04))

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 16 de septiembre de 2018. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Delio Céspedes Torres (Q.E.P.D) fue pensionado por el ISS, por medio de la Resolución núm. 015855 del 28 de abril de 2006, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo referido (Expediente digital, PDF. 02 AnexosDemanda (fl 2 a 3))

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. Acreditado como está, que el fallecido dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión

de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, que señala que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años. Indica además la norma, que en caso de que la pensión de sobreviviente se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, siendo del caso precisar que la cónyuge supérstite debe acreditar dicha exigencia en cualquier tiempo.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, 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.

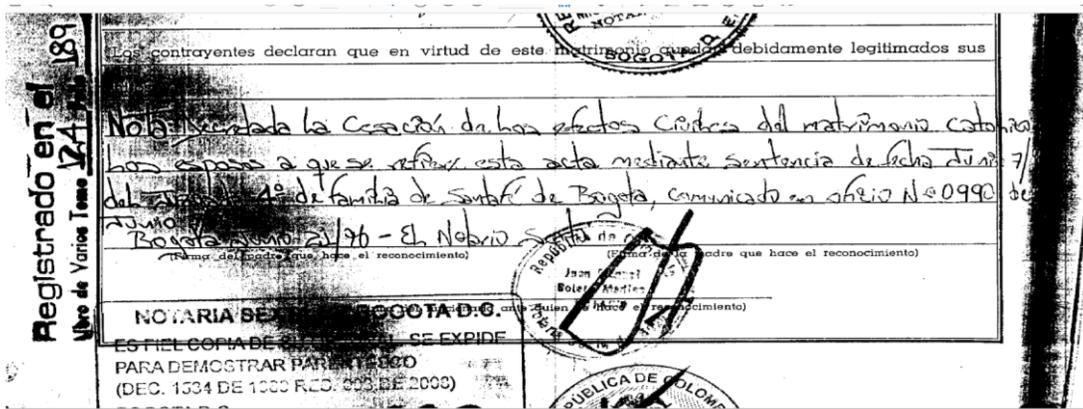
La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la cónyuge o compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

9. Derecho reclamado por la señora Aurora Rojas de Céspedes

9.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que nació el 12 de septiembre de 1948, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 28CorreoCedulaADExcludendum, pág. 03), luego para la muerte del señor Delio Céspedes Torres contaba con 70 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual no se halla probado en el caso analizado, pues en el informativo reposa registro civil de matrimonio (Expediente electrónico, PDF 02AnexosDemanda, pág. 01), que da cuenta que Delio Céspedes Torres y Aurora Rojas contrajeron matrimonio el 28 de agosto de 1971; sin embargo, se apunta al final del registro la nota de "*Sentada la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, los esposos a que se refiere esta acta mediante sentencia de fecha junio 7 de 1996 del Juzgado 4º de Familia de Santafé de Bogotá, comunicado en oficio No 0990*"



Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (SL1399-2018) ha decantado que:

"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 familia" (Negrilla fuera del texto).*

Igualmente, en la sentencia SL5220-2018, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de manera más contundente manifiesta:

"Debe aclarar la Sala, que la cesación de efectos civiles de un matrimonio católico o civil o divorcio, impide aducir al reclamante la calidad de persona con vínculo matrimonial vigente y por ende, en esta eventualidad no tendría la prerrogativa o el derecho de poder acreditar los cinco años de convivencia en cualquier tiempo" (SL5220-2018).

Bajo los anteriores parámetros, en el sub examine es equivocada la postura de la parte recurrente al manifestar que solo le bastaba a la señora Aurora Rojas demostrar los cinco años en cualquier tiempo, sin consideración a la nota de cesación de efectos civiles del matrimonio, pues es la vigencia del vínculo matrimonial la que le abre la posibilidad al beneficiario de sustituir la pensión que dejó causada el *de cujus*, lo que no ocurre en el sub lite, ya que al disolverse el vínculo matrimonial con la cesación de los efectos civiles se extinguen los deberes recíprocos de los cónyuges.

Asimismo, en este punto, no es equivocada la postura de la a quo al respecto, pues si bien es cierto en tratándose de los cónyuges la exigencia de la convivencia es de cinco años en cualquier tiempo, ello acontece cuando el vínculo matrimonial se mantiene incólume, a pesar de existir separación de hecho, es decir, cuando no existe nota de cesación de los efectos civiles de matrimonio, y por lo tanto, ninguna contradicción o desconocimiento del precedente jurisprudencial se le puede achacar a la juzgadora como lo manifiesta el recurrente en la alzada.

Ahora, debe tenerse en cuenta que después del 07 de junio de 1996 no solo cesaron los efectos civiles del matrimonio, sino que tampoco logra la tercera ad excludendum

demostrar que perduró la convivencia en calidad de compañera permanente, pues a pesar de que así lo relata en su postura, no existe medio de convicción que permita inferir la convivencia más allá del 07 de junio de 1996, ello en la medida en que fue la propia recurrente quien manifestó en el interrogatorio de parte que después del divorcio *"no volvimos a tener relación de pareja pero hablábamos de los muchachos"*; igualmente, el señor Isnardo Céspedes Rojas hijo de la pareja, en su declaración manifestó que *"después de la separación no convivieron, llevaron una buena amistad por los hijos pero no convivieron más" " si una cuestión de amistad hubo una relación y algo queda cuando él se enfermaba ella le ayudaba lo asita, pero convivencia como tal no"*.

Así las cosas, es claro que la señora Aurora Rojas no tiene derecho a la prestación en la forma como la reclama, ni de forma proporcional, pues surge evidente del haz probatorio traído a colación que ante la cesación de los efectos civiles del matrimonio no puede ser beneficiaria de la sustitución pensional, muy a pesar de que haya convivido con el causante durante 5 años en cualquier época, aunado a que tampoco se logra demostrar que haya convivido con el causante en fecha posterior al 07 de junio de 1996 y hasta el deceso del causante en calidad de compañera permanente.

10. Derecho reclamado por Aurora Calderón

10.1. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Aurora Calderón, nació el 20 de abril 1958 y para la muerte del señor Delio Céspedes Torres, contaba con 60 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

10.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Aurora Calderón contrajo matrimonio con el señor Delio Céspedes Torres el 12 de noviembre de 2015 (Expediente electrónico, PDF 02AnexosDemanda, pág. 4), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

10.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Aurora Calderón, en calidad de cónyuge a reclamar la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, dicha entidad mediante resolución SUB22009 del 25 de enero de 2019 (Fols. 21 a 23 archivo No 02) le negó la prestación esgrimiendo que *"no acredita el requisito de la convivencia estipulado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003"*.

Respecto de este tema, es preciso connotar que en la sentencia SL997-2022, se sostuvo: *"...el cónyuge con vínculo marital vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido con el pensionado fallecido por lo menos 5 años en cualquier época, sin necesidad de acreditar que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua», aspectos no contemplados en el precepto jurídico objeto de interpretación"*.

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 11 de marzo de 2011, y se mantuvo hasta el óbito del señor Delio Céspedes Torres (16/09/2018), y para ello trae al cartulario una serie de fotografías (Fols. 9 a 13 archivo No 02) y la testifical de Oscar Ochoa y Jenny Romero Vargas; a su vez, la entidad encartada insiste en que no se logra demostrar la convivencia.

Puestas así las cosas, lo primero que colige la Sala es que, las "fotografías" no constituyen prueba contundente para demostrar la convivencia, pues al respecto baste con citar lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto: *"pues*

si bien es cierto son documentos representativos de una particular situación, no tienen el vigor de acreditar aisladamente o por sí mismas los socorridos supuestos de hecho de la pensión de sobrevivientes" (SI903/2014), en ese sentido, la acreditación de la convivencia no necesariamente depende de fotografías, siendo en estos casos la prueba testimonial el medio suasorio por excelencia para acreditar la convivencia.

En cuanto a la prueba testimonial, considera la Sala que en términos del artículo 211 del CGP: *"El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las *"circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*, y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica; presupuestos que no se avizora que la falladora de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión del cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandante demostrar la convivencia exigida para hacerse acreedora a la sustitución pensional.

Nótese que el inconformismo de la alzada radica en que no se tuvo en cuenta la prueba testimonial de la activa; sin embargo, ello no es cierto, ya que lo que encontró la a quo fueron serias contradicciones en sus dichos, lo que llevó a restarles credibilidad, aspecto que se hace evidente si en cuenta se tiene que el testigo Óscar Ochoa no fue responsivo y espontáneo ante las preguntas que le hizo la cognoscente de instancia, pues inicialmente manifestó que *"desde el año 2006"* no volvió a ver al señor Delio, pero que a la señora Aurora Calderón si, y más adelante, cuando le preguntó el apoderado judicial de la demandante al respecto respondió que *"yo me encontré a don Delio en el Barrio Santa Cecilia, (...) cruzamos dos o tres palabras y me dijo que le iba a traer un dinero a la señora Aurora porque no quería que los hijos se enteraran, fue en el 2017"*, es decir, sus dichos denotan dos versiones distintas, una ante las preguntas realizadas por la Juez y otra la que le hizo el apoderado judicial de la activa, esta última tendiente a configurar la convivencia en el lapso como lo pide la parte actora, esto es, desde el año 2011 hasta el óbito del señor Delio Céspedes Torres, empero, es un testigo que no da cuenta de circunstancias de tiempo, modo y lugar con respecto a la alegada convivencia en el interregno de tiempo pedido por la activa, ya que si bien cuenta lo relacionado con la convivencia inicial que va desde el año 2001 a 2006, frente a la convivencia del año 2011 en adelante no tiene ninguna certeza, pues frente a la pregunta de que sí lo relatado *"es porque la señora Aurora Calderón le comentó o porque lo percibió de forma directa"*, respondió que *"ella me comentó"*, circunstancia que desdice en un todo su versión y por ende, razón le asiste a la juez primigenia en haber desestimado tal prueba.

Respecto a Jenny Romero Vargas, debe decirse que tampoco fue responsiva y concreta en sus respuestas, dado que en la mayoría hace alusión a que no percibió de manera directa lo que relata, sino que su dicho obedece a los comentarios de la demandante, aunado a que, en contraste con el dicho de Óscar Ochoa, incurre en contradicción, ya que mientras aquel manifestó que la señora Aurora Calderón trabajaba en el comercio, la testigo Jenny Romero manifiesta que *"mientras vivió con el señor Delio no trabajó, estaba siempre al cuidado del señor pendiente de la casa y de él"*, por lo que resultan ser versiones no coincidentes, y en consecuencia no pueden tenerse en cuenta como testigos responsivos, sólidos y espontáneos en punto a configurar el requisito de la convivencia.

Por otro lado, en lo que respecta a que la convivencia se interrumpió con justa causa a partir del 12 de noviembre de 2016, acota la Sala que de conformidad con lo decantado por la Corte Constitucional en la sentencia SU108 de 2020 *"La no convivencia al momento del fallecimiento del causante, cuando ésta obedece a justa causa de separación, no debe ser tomada en cuenta para negar el reconocimiento"*, no obstante, tal tesis no resulta aplicable al sub examine como lo pregona la recurrente, ello en la medida en que no obra prueba de que la interrupción de la cohabitación de la actora y el señor Delio Céspedes

Torres haya acontecido por circunstancia ajena a su voluntad, pues independientemente de cómo aconteció la separación de hecho, es decir, porque según la actora el hijo del causante la sacó del apartamento, no conlleva a que se tenga tal circunstancia como justa causa, ya que a pesar de la separación no logra acreditarse por la actora que hayan seguido incólume las demás características de la convivencia, esto es, la ayuda mutua, el socorro o acompañamiento, e incluso, no logra extraerse de la probatura que la separación haya acontecido como *"un ejercicio legítimo de conservación y protección al derecho fundamental a la vida e integridad personal"*, como para que el juzgador proceda a evaluar las particularidades y tener en cuenta el lapso de interrupción de la convivencia para cumplir con el mínimo de tiempo exigido para configurar el derecho pensional.

Nótese que es la misma parte actora quien aduce que la convivencia se interrumpió a partir del 9 de noviembre de 2016, y que de allí en adelante no convivieron juntos, sino en residencias separadas, y que de allí en adelante se encontraron en contadas oportunidades, pero que el causante siempre insistía en que le firmara los papeles del divorcio, aunado a que según su dicho, iba al apartamento donde ella vivía con su hija, pero nunca se quedó allí, con lo que puede concluirse sin asomo de duda, que después del 09 de noviembre de 2016 se interrumpió la convivencia sin que pueda tenerse en cuenta ese lapso de tiempo hasta el óbito del señor Delio Céspedes Torres, dado que no se acredita ni se logra extraer del diligenciamiento aspectos característicos de la convivencia exigida por la jurisprudencia, esto es, socorro, ayuda mutua y vida en común a pesar de no cohabitar juntos.

En este punto debe la Sala precisar que le compete al Juez analizar cada caso en particular y su contexto, en la medida en que no se puede descartar la convivencia por el hecho de que la pareja no cohabiten bajo el mismo techo, y así lo pregonó en sentencia SL2010-2019, reiterada en la SL4771-2020, en la que dejó dicho:

"lo cierto es que la Corte ha dicho que el requisito de la convivencia que prevé el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 debe ser analizado de acuerdo con las particularidades de cada caso, «...dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares...» (CSJ SL1399-2018)".

De lo que viene dicho, como se dijo, no quedó acreditado que la interrupción de la convivencia a partir del 09 de noviembre de 2016 haya acontecido por alguna razón justificativa a que alude la jurisprudencia, por el contrario, con el dicho de la misma actora es evidente que el causante pretendía poner fin al vínculo matrimonial, además que de allí en adelante no existen elementos suasorios que permitan inferir que la insistencia del causante en pedirle que le firmara los papeles del divorcio haya sido solo aparente, continuando incólume aspectos como la vida en común y ayuda mutua, pues no se da cuenta del diligenciamiento que la actora haya estado al pendiente de la enfermedad que aquejaba al causante y que con posterioridad causó su deceso, pues la versión de que los hijos no la dejaban ingresar a la clínica o que no le permitían las visitas no cuentan con soporte probatorio aparte del dicho de la misma parte.

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado no se probó que Aurora Calderón conviviera con el óbito desde el 11 de marzo de 2011, y que conviviera con aquel por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso (16/09/2018).

11. Conclusión. Visto lo anterior, no le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la

Ley 797 de 2003, para ninguna de las dos reclamantes, esto es, Aurora Rojas y Aurora Calderón, tal y con acierto lo coligió la juez de primer grado.

14. Costas. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes y a favor de Colpensiones por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

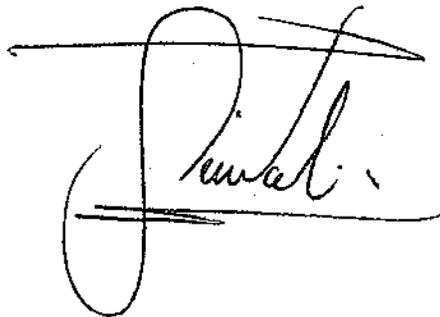
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de octubre del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Aurora Rojas y Aurora Calderón y a favor de Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **COLPENSIONES** y a cargo de Aurora Rojas y Aurora Calderón, en la suma de 1/2 SMLMV, esto es, \$580.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AFP PORVENIR S.A.
Demandada: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicado No.: 11-2018-00575-03
Tema: SEGURO PREVISIONAL- APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. AFP Porvenir S.A. instauró demanda ordinaria contra Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., con el propósito de que se condene a pagar la suma de \$281.905.645, debidamente indexado, por concepto de intereses moratorios y/o indexación en el pago de las mesadas pensionales de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con motivo de las condenas que se le impusieron por concepto de pensión de invalidez y/o de sobrevivencia generada por los afiliados. Como pretensión subsidiaria solicitó que se condenará a la encartada a reconocer y pagar los intereses moratorios comunes que se causen hasta la fecha de pago de las sumas adeudas en la petición principal anterior. En todo caso, solicitó lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que contrató con la encartada las siguientes pólizas colectivas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia:

| Pólizas de seguro previsional | |
|-------------------------------|--------------------------|
| No. | Vigencia |
| 9201409900129 | 01/01/2010 al 31/12/2010 |
| 9201409900129 | 01/01/2011 al 30/04/2011 |
| 9201411900151 | 01/05/2011 al 31/12/2011 |
| 9201411900151 | 01/01/2012 al 31/12/2012 |
| 9201411900151 | 01/01/2013 al 31/12/2013 |
| 9201410004634 | 01/01/2010 al 31/12/2013 |

Dijo que en cada una de las pólizas quedaron las condiciones, amparos, periodo de vigencia, formalización de siniestro, normas aplicables, entre otras cosas, de tal manera, atendiendo al procedimiento para la formalización del siniestro, procedió a reclamar a la demandada el pago de la suma adicional necesario para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia de los siguientes afiliados:

- Carlos Orlando Colorado Balanta
- Kelly Joana Libreros Hernández
- Patricia Elena Barbosa Suarez
- Angélica María Céspedes Zamora

- Gustavo Antonio Cuadrado González
- William Andrés Martínez Rodas
- Juan Carlos Martín Parra
- Mary Luz Herrera Yepes
- Valentín Bonilla Hernández
- Bernardo Ramírez Rada
- Freyman Alberto Rengifo Molina

Indicó que, una vez presentada la solicitud para dicho pago, la aseguradora se negó o rechazó la petición de traslado de la suma adicional para financiar dichas pensiones respecto de cada uno de los afiliados y/o beneficiarios reclamantes, quienes procedieron a adelantar sendos procesos ordinarios laborales para reclamar su derecho pensional; ejecutoriadas las respectivas sentencias condenatorias, procedió a solicitar nuevamente el pago por el amparo de sumas adicionales para la pensión de invalidez o sobreviviente, los intereses y/o indexación de las condenas conforme se ordenó en las providencias proferidas; no obstante, sólo la aseguradora reconoció la suma adicional, sin haber reconocido los réditos o indexación a la que fue condenada la AFP. (Expediente digital, PDF 001. Po Porvenir Vs Mapfre Exp. 011-2018-00575, pág. 4 a 23)

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no se cumplen con los presupuestos legales, jurisprudenciales y contractuales con sujeción a las condiciones generales y particulares del seguro previsional que regulan esta línea de negocio, para que exista afectación a las pólizas núm. 9201410004634, 9201411024085, 92014109900129, 92014100000000 y 9201411900151, pues la compañía solo tiene a cargo la obligación del pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión, tal y como se encuentra regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a las situaciones fácticas aceptó las enlistadas en los numerales 1º a 8º y 11º, parcialmente cierto los enlistados en los ordinales 10º y 14º y, frente a las demás dijo no constarle o no ser ciertas. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó cosa juzgada, ausencia de cobertura en cuanto a los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación de las condenas e intereses comunes, inexistencia de obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y nulidad relativa, genérica y buena fe. ((Expediente digital, PDF 001. Po Porvenir Vs Mapfre Exp. 011-2018-00575, pág. 229 a 247)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de septiembre del 2022, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de cosa juzgada, ausencia de cobertura en cuanto a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o la indexación de las condenas e intereses comunes, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, que propuso la demandada y, en consecuencia, absolvió a ésta de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación señaló como no controversial que entre las partes se suscribieron pólizas de seguro previsional, para cubrir las contingencias de pensión de invalidez y sobrevivencia dentro de los periodos enlistados en la demanda; tampoco que la controversia originada en los procesos judiciales que elevaron los afiliados y sobrevivientes lo fue el hecho de que la aseguradora negó la afectación de dicho seguro, misma que se desató en el sentido de ordenar el reconocimiento de las prestaciones económicas, el pago de la suma adicional para financiar su monto, intereses moratorios

en alguno de los casos y en otros indexación; ni que dentro de esas actuaciones judiciales fue llamada en garantía la hoy demandada Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Sentado lo anterior, en cuanto al seguro previsional dijo que de conformidad con el artículo 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, se previó la forma en que las pensiones de invalidez y sobrevivencia serían financiadas y en consecuencia quienes estarían obligados a pagarlas y bajo qué montos específicos. Así, citó textualmente lo señalado en cada una de las disposiciones, para precisar que las administradoras de pensiones se encuentran en la obligación de suscribir pólizas de seguros previsionales, con el fin de cubrir la suma adicional que hiciera falta para completar el capital necesario para acceder a dichas pensiones solicitadas por los afiliados o beneficiarios.

En ese sentido, manifestó que, en caso de proferirse condena frente a la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, de manera automática y por mandato expreso de la Ley se le extiende sus efectos en condición de garante a la aseguradora previsional quedando a cargo de la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario que financie la pensión, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 5429 de 2014. Bajo ese entendimiento, advirtió que las aseguradoras están en la obligación de responder únicamente sobre la suma adicional que se requiera para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, siempre que se declare que existió una póliza previsional y que la mismas acontezcan en la cobertura del citado contrato de seguro, sin que haya lugar a que reconozca intereses moratorios o indexación, porque la mora en el reconocimiento pensional recae únicamente en cabeza del fondo privado de pensiones.

Por lo dicho, estimó que debía absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en tanto que no le corresponde dentro de las obligaciones suscritas con la activa, asumir pagos por concepto de intereses moratorios e indexación como se reclaman dentro de este proceso. En gracia de discusión sostuvo que analizada la excepción de cosa juzgada, llegaría a la misma conclusión absoluta; lo anterior, en tanto, que en términos del artículo 330 del C.G.P., no fue discutido que la presente demanda se incoó con fundamento en once procesos que fueron instaurados en contra de la aquí demandante, en los cuales se le solicitó el reconocimiento prestacional, así como la condena al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las condenas.

Adujo que en esos procesos la activa llamó en garantía a la aquí demandada a fin de que atendiera las pretensiones principales de esas demandas, a su vez los pedimentos del llamamiento en garantía, esto es, que, en el evento de ser condenada la AFP al pago de intereses moratorios e indexación, se trasladara esa condena a la aseguradora. Advirtió que en todos los procesos que se dictó sentencia y que se encuentra en firme, se tomó decisión frente a los pedimentos, así como respecto del llamado, en el que se ordena su pago en contra del fondo de pensiones, de allí que opere el fenómeno de la cosa juzgada, en tanto que existe identidad de partes, objeto y causa, por lo que debía ser declarada.

(Expediente digital, audio 031. Aud. Art 80 CTSS Exp. 011-2018-00575-20220912_090624-Grabación de la reunión).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **accionante** interpuso recurso de apelación argumentando que de conformidad con los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, refiere la obligación de las aseguradoras previsionales, una vez tomada la póliza de seguro, a pagar la suma adicional necesaria para completar el capital que ha de financiar una pensión de invalidez y/o sobrevivencia, de manera que cuando se produce un incumplimiento por parte de la compañía aseguradora, como sucede en cualquier otro contrato, se generan intereses moratorios como sanción pecuniaria en contra del incumplido. Indicó que si bien el fondo de

pensiones ha sido incumplido es igualmente incumplida la aseguradora previsional, no debiendo por tanto estarse a la literalidad de los citados artículos, en tanto que, omitida la obligación, se impone el pago de los réditos reclamados.

Explicó que cuando se presenta la reclamación del beneficiario de la prestación económica, la aseguradora previsional rechazó el incumplimiento de esa suma adicional, por lo que una vez dio a conocer tal determinación al afiliado, este procedió a elevar proceso ordinario laboral en contra del fondo de pensiones, quien a su vez llamó en garantía a la compañía, para que atienda precisamente el pago del seguro previsional y asuma las consecuencias de ese retardo en que incurrió por no haber atendido oportunamente el seguro contratado, el cual es de naturaleza automática. Preciso que se profirieron sentencias, las cuales ordenaron no solo pagar la prestación económica, sino, además, los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación, por no haber cumplido con el pago de la prestación económica en tiempo.

En cuanto a la cosa juzgada señaló que en el presente asunto no se está tratando la misma situación, como quiera que en aquellos procesos era el afiliado o sobreviviente que se encargó de iniciar los procesos judiciales contra el fondo de pensiones, para cumplir con sus prestaciones, quien a su vez llamó en garantía a la aseguradora previsional, con el fin de que cumpliera con su parte y cualquier otra condena accesoria que se derivara de ese incumplimiento. En ese sentido, dijo que el presente asunto se reclama a la pasiva la negación del pago de los intereses moratorios por la mora en que incurrió aquella en el pago de las sumas adicionales, situación distinta a la que se reclamó en los otros procesos judiciales. (Expediente digital, audio 031. Aud. Art 80 CTSS Exp. 011-2018-00575-20220912_090624-Grabación de la reunión).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el *A quo* no tuvo en cuenta que los afiliados y/o beneficiarios de las pensiones demandaron a la administradora, puesto que cuando presentaron la reclamación pensional, la entidad solicitó a la aseguradora la suma adicional en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993, recibiendo una respuesta negativa, de ahí que no podía pagar las pensiones y ello ocasionó que estos reclamaran ante la jurisdicción los derechos que consideraban como suyos. Indicó que al demandar en este proceso que la aseguradora pague la indexación producto de las condenas que se le impartieron, resulta justo.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que la actora contrató los seguros de invalidez y sobrevivientes, instrumentados a través de las pólizas Nos. 92014109900129, 9201411900151 y 9201410004634, las cuales claramente se circunscribe a la cobertura de la suma adicional que completa el capital necesario sin incluir conceptos tales como intereses o indexación, de ahí que la aseguradora solo estará obligada si se realiza el riesgo bajo las delimitaciones establecidas en la respectiva cobertura.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Sobre las pretensiones debatidas en el presente juicio ya existen pronunciamientos judiciales debidamente ejecutoriados y, por ende, operó el fenómeno de la cosa juzgada? De no

hallarse probada; (ii) ¿Hay lugar a que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. reconozca y pague los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación con motivo de las condenas por pensión de invalidez y/o de sobrevivencia que se vio obligada a cancelar la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: (i) que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. suscribió con la AFP Porvenir S.A. póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, entre otras, con la siguiente cobertura:

| Pólizas de seguro previsional | | |
|-------------------------------|--------------------------|---|
| No. | Vigencia | Cobertura |
| 9201409900129 | 01/01/2010 al 31/12/2010 | Sumas adicionales para pensión de invalidez y sobrevivencia |
| 9201409900129 | 01/01/2011 al 30/04/2011 | Sumas adicionales para pensión de invalidez y sobrevivencia |
| 9201411900151 | 01/05/2011 al 31/12/2011 | Sumas adicionales para pensión de invalidez y sobrevivencia |
| 9201411900151 | 01/01/2012 al 31/12/2012 | Sumas adicionales para pensión de invalidez y sobrevivencia |
| 9201411900151 | 01/01/2013 al 31/12/2013 | Sumas adicionales para pensión de invalidez y sobrevivencia |
| 9201410004634 | 01/01/2010 al 1/01/2014 | Sumas adicionales para pensión de invalidez y sobrevivencia |

(ii) Dado tal relación contractual entre las partes, tampoco fue un hecho debatido por aquellas, que los siguientes afiliados y beneficiarios, iniciaron demanda ordinaria laboral en contra de AFP Porvenir S.A., cuyo único propósito fue reclamar el pago de pensión de invalidez y sobrevivencia, más los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación:

- Carlos Orlando Colorado Balanta
- Kelly Joana Libreros Hernández
- Patricia Elena Barbosa Suárez
- Angelica María Céspedes Zamora
- Gustavo Antonio Cuadrado González
- William Andrés Martínez Rodas
- Juan Carlos Martín Parra
- Mary Luz Herrera Yepes
- Valentín Bonilla Hernández
- Bernardo Ramírez Rada
- Freyman Alberto Rengifo Molina

En la actuación judicial que cada uno de los citados afiliados y beneficiarios incoó, se integró debidamente a la aseguradora como llamada en garantía, dada la solicitud de convocatoria que hizo la AFP Porvenir S.A., de manera que la Sala advierte que (iii) no fue controversial que efectivamente a las citadas personas les fueron reconocido el derecho pensional que solicitaron en las causas impetradas, así como los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación, de allí que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., como aseguradora con la cual se contrató el seguro previsional, trasladó la suma adicional necesaria para completar el capital suficiente para financiar la pensión respectiva.

4. Cosa Juzgada. Esta Sala entrará a estudiar preliminarmente el medio exceptivo propuesto por la accionada y que fue declarado por el Juzgado de conocimiento, esto es, cosa juzgada, pues de ser hallada impediría pronunciamiento alguno sobre los pedimentos esbozados en esta demanda, en tanto sus efectos deben ser reconocidos y respetados por esta colegiatura.

Así entonces, se recuerda que la recurrente aduce que, contrario a lo colegido por la cognoscente de primer grado, no se configuró la excepción de cosa juzgada derivada de los procesos que iniciaron los señores Carlos Orlando Colorado Balanta, Kelly Joana Libreros Hernández, Patricia Elena Barbosa Suárez, Angelica María Céspedes Zamora, Gustavo Antonio Cuadrado González, William Andrés Martínez Rodas, Juan Carlos Martín Parra, Mary Luz Herrera Yepes, Valentín Bonilla Hernández, Bernardo Ramírez Rada y Freyman Alberto Rengifo Molina, señalando para tal efecto que en las causas anteriores no concurrieron las mismas partes, ni se debatió lo que hoy se ventila, por lo que no concurre la identidad de partes requerida, así como la causa y objeto que se requiere para ser declarada.

Frente a ello, es menester recordar que la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes (*eadem personae*), entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto (*eadem res*), que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa (*eadem causa petendi*), que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos

Conforme a lo expuesto y de cara a las demandas, llamamientos en garantía y sentencias de primera y segunda instancia, dictadas en el proceso inicialmente surtido entre los mismos contendientes que resolvió la situación del ahora accionante, fuerza concluir que en torno a la procedencia de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación, existe determinación que impide pronunciamiento en tal sentido, de allí que no sea procedente revivir una discusión que se agotó plenamente en procesos anteriores que hizo tránsito a cosa juzgada, como mal pretende la actora.

En efecto, se arrió la siguiente prueba documental con la cual se puede verificar la concurrencia de la cosa juzgada:

| Demandante | Demandada | Pretensiones | Pretensiones del Llamamiento | Sentencia 1° | Sentencia 2° | Recurso extraordinario o de casación |
|---------------------------------|-------------------|-----------------|------------------------------|---|--------------|--------------------------------------|
| Carlos Orlando Colorado Balanta | AFP Porvenir S.A. | No fue allegada | | El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Cali, impuso a la AFP, entre otras, el pago de Intereses Moratorios. Respecto de la llamada en garantía la absolvió | Adicionó | |
| Kelly Joana Libreros Hernández | AFP Porvenir S.A. | No fue allegada | | El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Palmira, impuso a la AFP, entre otras, el pago de indexación. Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para | Confirmó | |

| Demandante | Demandada | Pretensiones | Pretensiones del Llamamiento | Sentencia 1° | Sentencia 2° | Recurso extraordinario de casación |
|-----------------------------------|-------------------|--|---|--|--|------------------------------------|
| | | | | financiar la prestación. | | |
| Patricia Elena Barbosa Suarez | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Sobrevivientes, Intereses Moratorios e Indexación | Suma adicional, Intereses Moratorios e Indexación | El Juzgado Laboral del Circuito de Mocoa impuso a la AFP, entre otras, el pago de indexación. Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para financiar la prestación. | Confirmó | |
| Angelica María Cespedes Zamora | AFP Porvenir S.A. | No fue allegada | | El Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá impuso a la AFP, entre otras, el pago de intereses moratorios. Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para financiar la prestación | Confirmó | |
| Gustavo Antonio Cuadrado González | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Sobrevivientes, Intereses Moratorios e Indexación | Suma adicional y pretensiones de la demanda | El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Cartagena impuso a la AFP, entre otras, el pago de indexación. Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para financiar la prestación. | Modificó | Inadmitió |
| William Andrés Martínez Rodas | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Invalidez e Intereses Moratorios | Suma adicional, Intereses Moratorios e Indexación | El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cali impuso a la AFP, entre otras, el pago de intereses moratorios. Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para financiar la prestación y absolvió a la misma del pago de intereses moratorios | Confirmó | |
| Juan Carlos Martín Parra | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Invalidez e Intereses Moratorios | Suma adicional e Intereses Moratorios | El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Tunja impuso a la AFP, entre otras, el pago de intereses moratorios. Respecto de la llamada en garantía a pagar la diferencia entre las mesadas pensionales y la que surja con el monto liquidado | Modificó | |
| Mary Luz Herrera Yepes | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Sobrevivientes, Intereses Moratorios e Indexación | Suma adicional y pretensiones de la demanda | El Juzgado 20° Laboral del Circuito de Medellín impuso a la AFP, entre otras, el pago de indexación. | Revocó parcialmente, para en su lugar condenar intereses | |

| Demandante | Demandada | Pretensiones | Pretensiones del Llamamiento | Sentencia 1° | Sentencia 2° | Recurso extraordinario de casación |
|--------------------------------|-------------------|--|---|--|---|------------------------------------|
| | | | | Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para financiar la prestación. | moratorios a la AFP | |
| Valentín Bonilla Hernández | AFP Porvenir S.A. | No fue allegada | | El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Buenaventura impuso a la AFP, entre otras, el pago de indexación. Respecto de la llamada en garantía a trasladar la suma adicional para financiar la prestación y absolvió de la indexación ordenada | Confirmó | |
| Bernardo Ramírez Rada | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Sobrevivientes e Intereses Moratorios | Suma adicional e Intereses Moratorios | El Juzgado 1° Laboral del Circuito de Ibagué impuso a la AFP, entre otras, el pago de indexación. Respecto de la llamada en garantía no impuso condena alguna | No hubo apelación | |
| Freyman Alberto Rengifo Molina | AFP Porvenir S.A. | Pensión de Sobrevivientes e Intereses Moratorios | Suma adicional y pretensiones de la demanda | El Juzgado 9° Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda | Revocó, para en su lugar condenar a la AFP, entre otras cosas, al pago de intereses moratorios y ordenó a la aseguradora a cubrir la suma adicional que corresponda para el pago de la prestación económica | No casó la sentencia |

Como se observa, se configura el medio exceptivo que nos ocupa, sin que le sea permitido a esta Corporación revocar ni reformar las decisiones que ya se adoptaron en procesos anteriores, pues si bien dentro de cada una de las demandas no fue convocada a juicio por los afiliados o beneficiarios a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., si fue llamada en garantía por la AFP Porvenir S.A., como aseguradora con la cual aquella contrató el seguro previsional, situación que lleva indefectiblemente a la Sala a mantener la inmutabilidad de las decisiones judiciales que ya se tomó en ese sentido.

Y es que en lo que hace al llamamiento en garantía, es del caso recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En esa medida, dicha figura procesal cobra mayor relevancia en la medida que propende por el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer por cuenta de la relación legal o contractual de quien fue condenado en la sentencia, lo cual, a su vez habilita a las partes para solicitar el

señalado reembolso, sin que tenga que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Por consiguiente, el objeto de esta figura es que el tercero se integre al proceso con el fin de que haga valer su derecho a la defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obliguen a indemnizar o reembolsar, contestando la demanda o defenderse de la obligación que se alega en su contra, de ahí que el artículo 66 de esa misma codificación adjetiva señale que tal relación deba ser definida en la sentencia, lo que trae consigo que la decisión que se tome sobre ello surta pleno efectos entre las partes del proceso y por ende haga tránsito a cosa juzgada.

Bajo ese hilo conductor, si el asunto medular de las sentencias lo constituyó la procedencia de las prestaciones económicas, los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o indexación respecto de las mesadas causadas y no pagadas a los beneficiarios y la relación legal o contractual fundamento del llamamiento en garantía, aspectos que fueron definidos en los términos y condiciones que encontraron los falladores, impide cualquier pronunciamiento por esta Sala al respecto, "*precisamente por los atributos de inmutabilidad e intangibilidad que, en el marco de la seguridad jurídica, tienen las sentencias judiciales, en razón a los efectos de la cosa juzgada.*" (SL3318-2022).

Así las cosas, es claro que el fallador de primer grado en este asunto no cometió los desaciertos que le enrostra la censura y aunque se señala que las partes, pretensiones y hechos de los procesos no son iguales, lo cierto es que ello no puede ser un argumento basilar para a continuación aceptar que en este asunto no operó el instituto de la cosa juzgada, pues hay que decir que, si bien no son idénticos de manera taxativa, se tiene que, el trasfondo de estos se dirige a lograr un mismo objetivo, esto es, al análisis del derecho a adquirir una pensión de sobrevivientes o invalidez, que conllevó a definir los intereses moratorios y/o indexación y el llamamiento en garantía que se formuló, en el que solicitaba el reembolso de las sumas a las que fue condenada la AFP demandada en esas causas, aspectos que como se indicó fueron objeto de estudio por los diferentes Juzgados, Tribunales y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que llevaron a concluir que los réditos y/o indexación reclamada le corresponde asumir a la hoy demandante, mientras que a la aseguradora, en la mayoría de los casos, afectar el contrato de seguro previsional, trasladando las sumas adicionales faltantes para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Ahora, debe recordar la Sala que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar "*en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*" Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "*se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.*" (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera "*exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive*", mientras que la segunda hace referencia a que "*toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia*" (CSJ

SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: "(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"

Así las cosas, es notorio que la apelante, en su esfuerzo argumentativo, trata de variar el fundamento de sus pedimentos, en tanto que pretende que esta Sala se ocupe de verificar si hay lugar al pago de los intereses moratorios e indexación como consecuencia de la mora en que incurrió la compañía aseguradora en el traslado de las sumas adicionales faltantes para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, sin que tal pretensión que ahora se esgrime en la alzada se encuentre comprendida en el escrito primigenio y por ende, haya sido discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió, entre otras cosas, "que se condene a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a reconocer y pagar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$281.905.645.00) debidamente indexada a la fecha de pago, por concepto de **intereses de mora y/o indexación en el pago de las mesadas pensionales de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con motivo de condenas por pensión de invalidez y/o de sobrevivencia generada por los siguientes afiliados (...).** Como petición subsidiaria de la PRIMERA, se condene a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a reconocer y pagar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., los intereses moratorios comunes que se causen hasta la fecha de pago de las sumas adeudas en la petición principal."

Bajo ese contexto, se considera que la censura yerra al pretender que esta Corporación emprenda estudio de una pretensión que no fue solicitada en el escrito primigenio y, por ende, sobre aspectos que finalmente las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo es claro que constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que les asisten a las partes en contienda, aspecto que no puede permitir la Sala y por ende se estime procedente que la sentencia confutada se mantenga incólume en lo que hace a este punto de reproche, precisamente con el fin de garantizar las citadas prerrogativas constitucionales.

Las razones anteriores resultan suficientes para confirmar la sentencia censurada.

5. Costas. En esta instancia, a cargo de la parte demandante. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de septiembre del 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandada y a cargo de AFP Porvenir S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

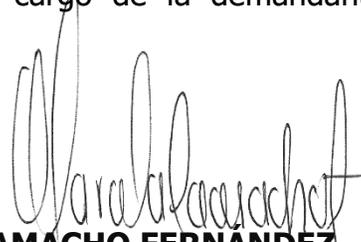


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y a cargo de la demandante en la suma de \$3.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS MOLINA PACHÓN
Demandada: AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 16-2019-00325-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA
– MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Molina Pachón instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare que en calidad de compañero permanente de Blanca Patricia Rey Sánchez, tiene derecho a que se le reconozca el 50% de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia y, en consecuencia, sea condenada a pagar a su favor la citada prestación a partir del 21 de abril de 2018, junto con los incrementos legales, mesadas adicionales, ajustes, intereses moratorios, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que convivió con la señora Blanca Patricia Rey Sánchez, como compañeros permanentes desde 10 de enero de 2010, quien falleció el 20 de abril de 2018. Refirió que la causante se afilió al fondo de pensiones accionado desde el 1º de mayo de 2007, razón por la cual, elevó reclamación para el reconocimiento pensional, mismo que le fue negado dado a que se le requirió arrimar declaración de la unión marital de hecho; sin embargo, la encartada no tuvo en cuenta que durante el tiempo de convivencia por más de ocho años, hicieron vida en común, compartiendo lecho, techo y habitación, como una verdadera familia e inclusive con la menor de la causante. (Expediente digital, PDF. 04 Demanda (fls 31 a 35))

2. Contestación de la demanda

2.1. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el actor no demostró el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, ya que no probó la convivencia como compañero permanente de la causante durante un lapso mínimo de 5 años, sin que tampoco arrimara sentencia judicial de convivencia de unión marital de hecho. Precisó que, dada la solicitud pensional realizada por la hija de la afiliada, le fue reconocida pensión de sobrevivencia en un 50% de la mesada pensional, conforme a la comunicación del 8 de mayo de 2020.

En lo que hace a los supuestos legales aceptó los enlistados en los numerales 2º, 4º, 6º y 7º, relacionado con que la causante procreó una hija; la fecha de fallecimiento de Blanca Patricia Rey Sánchez; y la negativa al derecho pensional reclamado por el actor. Respecto

de los demás señaló no constarle o ser cierto y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF. 16 ContestaciónPorvenir (fls 120 a 124))

2.2. Jeimmy Carolina Piñeros Rey. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. celebrada el 9 de septiembre de 2022, se dispuso su integración como tercera ad excludendum y en tal carácter, la vinculada se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el actor no acreditó de ninguna de las formas existentes en la ley su calidad de compañero permanente con la causante, en los términos del artículo 4 de la Ley 54 de 1990. Atinente a los hechos esbozados en la demanda, aceptó los enlistados en los numerales 3° a 9° y 11° y frente a los demás adujo no ser ciertos o constarle. No formuló excepciones. (Expediente digital, PDF. (Expediente digital, PDF. 16 ContestaciónPorvenir (fls 120 a 124)))

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de noviembre del 2022, en la que la falladora declaró que el actor no acreditó su calidad de compañero permanente de Blanca Patricia Rey Sánchez, por haber acreditado tan solo 1 año, 4 meses y 25 días de convivencia con la causante y, por ende, no tiene derecho al reconocimiento del 50% restante de la pensión de sobrevivientes. Declaró que dicho porcentaje de la mesada pensional le corresponde a Jeimmy Carolina Piñeros Rey en calidad de hija de la causante hasta el cumplimiento de los 25 años. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A., a reconocer y pagar a favor de la joven la suma de \$25.562.709, por concepto de retroactivo pensional causado y dejado en reserva, liquidado entre el 20 de abril del 2018 y hasta el 31 octubre de 2022. Autorizó a descontar del retroactivo causado los aportes de salud y no condenó a ninguna de las partes en costas.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación señaló en primer lugar que debía proponerse verificar si el actor, en calidad de compañero permanente o Jeimmy Carolina Piñeros Rey, como hija de la causante, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, a partir del 20 de abril de 2018 y en qué porcentajes. A ese propósito señaló con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes es aquella que está vigente al momento del fallecimiento de la causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquella feneció el 20 de abril de 2018.

Así, citó la preceptiva, para destacar que la fallecida superó con creces el mínimo de semanas exigido por la norma dado que en los últimos 3 años al fallecimiento contaba con 154.42 semanas de cotización de manera que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, situación que no fue desconocida por la pasiva al dar contestación a la demanda, tanto así que le fue reconocida a la tercera ad excludendum. En lo que tiene que ver con los beneficiarios señaló que tiene vocación el cónyuge o el compañero permanente supérstite en forma vitalicia siempre y cuando a la fecha del deceso tenga 30 años o más de edad y en caso de que la prestación se cause por muerte de afiliado, según jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, deberá acreditar como mínimo la calidad exigida, es decir, tal calidad y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para el momento de la muerte.

Bajo ese horizonte, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que al actor a la fecha del deceso contaba con 58 años, por haber nacido el 17 de diciembre del año 1959, superando de esta forma el primer requisito legal. Respecto de la calidad de compañero permanente con la causante, señaló que, en el registro civil de nacimiento de la causante, no pesa anotación relacionada con alguna declaración de unión marital de hecho y si bien en la historia clínica adosada al plenario se registró que la fallecida fue

acompañada por su compañero permanente, a quien se le brindó ayuda psicológica ante su deceso, de lo cual podría colegir para la época de muerte de la afiliada que estaba conviviendo bajo el mismo techo y lecho; no obstante, del dicho de los testigos no podría verificar lo atinente a este requisito, en tanto que "*no brindaron mayor información al respecto*", esto es, que hubieran tenido una relación sentimental con vocación de permanencia.

En efecto, señaló que del testimonio del señor Enrique Herrera no podía verificar convivencia entre la pareja con anterioridad al 24 de diciembre de 2017 y si bien el testigo Jesús Álvaro Cuervo manifestó que conoció a la fallecida hacía finales del año 2016, también lo es que no dio cuenta de cómo fue la convivencia entre los mismos, al punto que indicó que la declaración extra juicio que rindió ante Notario, lo hizo porque así se lo pidió el promotor del proceso. Respecto a los testimonios que arrimó la tercera ad excludendum adujo que aquellos no tuvieron conocimiento de la existencia del actor antes del año 2016, sin que observará convivencia entre estos.

Tal situación la condujo a concluir que el demandante únicamente demostró convivencia con la causante con vocación de permanencia desde finales del año 2016, esto es, por espacio de 1 año, 4 meses y 25 días, de allí que no probó la calidad de compañero permanente en los términos de la Ley 54 del año 1990, luego esa circunstancia le imponía absolver a la pasiva de las pretensiones esbozadas en la demanda. Definido lo anterior, ordenó a la pasiva desembolsar el 50% de la mesada pensional dejada en suspenso a favor de Jeimmy Carolina Piñeros Rey, desde el 20 de abril del año 2018 hasta el 21 de abril del año 2029, siempre y cuando acredite su calidad de vida e incapacidad para trabajar por sus estudios; causando un retroactivo pensional de \$25.652.709, desde la fecha de fallecimiento de su progenitora a 31 octubre del año 2022.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación argumentando que, aunque la norma exige la acreditación de los 5 años de convivencia con la causante, los cuales, según la prueba testimonial, no pudieron ser acreditados entre 2010 al 2016; sin embargo, tal requisito debe ser analizado de conformidad con las particularidades de cada caso, como lo es que la afiliada estaba forjando una relación sentimental con el señor Luis Molina Pachón, quienes no daban razón de su situación de convivencia e intimidad, situación que ha debido ser tenido en cuenta en el estudio pensional.

4.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada esgrimió que la A quo no ha debido de condenar el retroactivo pensional hasta el 31 de octubre de 2022, toda vez que deberá la hija de la afiliada probar si se mantienen las condiciones que dieron origen a la prestación económica, esto es, la situación de estudiante, circunstancia de la que no se halla medio de convicción alguno en el presente asunto.

5. Alegatos de conclusión. El actor alegó aduciendo que, si bien dentro del dicho de los testigos no se evidenció la fecha exacta de iniciación de la convivencia entre la pareja, lo cierto es que fue antes del 2016, pues al analizar el caso, la causante se alejó de su familia (padres, hijas mayores, quienes declararon que no hubo contacto durante este tiempo), su distanciamiento entre los años 2010 al 2016 ocurrió junto con su hija menor Jeimmy Carolina Piñeros Rey para otra localidad, allí, la hija menor, quien a la fecha tiene la mayoría de edad, en su interrogatorio de parte, señaló conocer al señor Luis Molina y que este se quedaba en su casa como la pareja de su madre.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por AFP Porvenir S.A. y Luis Molina Pachón se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Luis Molina Pachón, en calidad de compañero permanente de la causante Blanca Patricia Rey Sánchez, reúne las condiciones legales para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes por parte de la AFP Porvenir S.A.? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y tiene derecho al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación? Adicionalmente, deberá la Sala determinar (iii) ¿Le asiste derecho a la joven Jeimmy Carolina Piñeros Rey a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde la fecha de causación de la pensión de sobrevivientes y hasta el 31 de octubre de 2022?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Blanca Patricia Rey Sánchez se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09578420, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 20 de abril de 2018. (Expediente digital, PDF. 02 Anexos (fls 02 a 29))

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso de la afiliada, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 20 de abril de 2018. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Densidad de semanas. No se discute que Blanca Patricia Rey Sánchez cotizó 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al óbito, en los términos del numeral 2° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

6. Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañero permanente de pensionado. Ahora bien, no admitiendo discusión que la afiliada falleció el 20 de abril de 2018, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

6.1. Calidad de compañero permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañero permanente, contrario a lo indicado por la A quo, demandada y tercera ad excludendum, no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudir a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *“Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”*.

Bajo ese entendimiento, valga precisar que en el campo de la seguridad social y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)" (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008).

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

6.2. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que el señor Luis Molina Pachón, nació el 17 de diciembre de 1959 y para la muerte Blanca Patricia Rey Sánchez, contaba con 58 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

6.3. Convivencia. Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia al o a la cónyuge o compañero (a) permanente cuando el o la causante correspondiere a un afiliado(a) fallecido(a), en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia *"(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado"*, de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta vinculante al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que ha aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye el eje central de la controversia, punto frente al cual es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si el actor acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte de la afiliada que ocurrió el 20 de abril de 2018.

En esa dirección, la parte actora esgrime desde la demanda que la convivencia inició desde el 10 de enero de 2010 y se mantuvo hasta el óbito de la señora Blanca Patricia Rey Sánchez y, para ello obra en primer lugar interrogatorio del demandante quien de entrada indicó que inició a cohabitar con la fallecida desde el 14 de diciembre de 2010 hasta el "*21 de marzo de 2018*", en unión marital de hecho, residiendo inicialmente en la localidad de Bosa y con posterioridad en el barrio Garcés Navas de la ciudad de Bogotá durante 4 años, junto con la joven Jeimmy Carolina Piñeros Rey. Adujo que esa convivencia nunca se vio interrumpida y pese a que no describió en detalle la cotidianidad en que se desarrolló durante ese interregno la vida en pareja, refirió que estuvo presente

en el momento en que su esposa decayó a causa de su enfermedad, conduciéndola al hospital, lugar donde falleció luego de pasar 3 o 4 días. Sostuvo que no se encargó de los trámites funerarios, además, que no era beneficiario del seguro de exequias y que los gastos del hogar eran compartidos.

Se escuchó en interrogatorio de parte a la tercera interviniente quien señaló que el señor Luis Molina Pachón convivió con su progenitora a finales del año 2016 y hasta el día de su fallecimiento, en el barrio Garcés Navas de la ciudad de Bogotá, en un apartamento que fue arrendado por su mamá. Indicó que después del deceso de su señora madre, no siguió residiendo con el actor ante el miedo que le sentía, además, aseguró que con anterioridad al año 2016, el señor Pachón visitaba a la fallecida en su lugar de residencia, localidad de Bosa, quien en ocasiones se quedaba los fines de semana. Afirmó que su progenitora cubría la totalidad de gastos del hogar, incluso los costos del arriendo del apartamento.

De la misma manera, se arrimaron los testimonios de Sabas Enrique Herrera Sáenz y Jesús Álvaro Cuervo Afanador; el primero de ellos, amigo del demandante, indicó que conoció a la señora Blanca Patricia Rey Sánchez desde 24 de diciembre del 2017, en el municipio de Zipacón, lugar donde compartió con la familia la festividad decembrina. Supuso que la pareja inició convivencia hacia el año 2016, además, refirió que nunca visitó a la pareja en su lugar de residencia y que a partir de dicha data perdió contacto con ellos. Por su parte, el señor Cuervo Afanador señaló que conoció a la fallecida, sin embargo, desconoció el tiempo de convivencia, así mismo, no percibió manifestaciones de pareja entre el actor con el fallecido, ni realizó visita a los mismos en la ciudad de Bogotá. Aseguró que, aunque declaración extra juicio adujo que la pareja cohabitó desde el año 2010, tal afirmación la efectuó en tanto que así se lo pidió el actor.

Evidencia el anterior haz probatorio que no se logra acreditar que el actor cohabitara con la causante durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a producirse la muerte de la afiliada que ocurrió el 20 de abril de 2018, pues los testigos además de faltar a la verdad en su dicho, no conocieron con detalle la convivencia real y efectiva durante el citado lapso, lo que impide a la Sala formar su convencimiento a partir del dicho de estos.

Lo anterior no obsta, para llamar la atención sobre el deber que tienen las personas de testimoniar con el compromiso de no faltar a la verdad y ello por cuanto se advierte que los testigos recaudados a petición del demandante son discordantes con lo que extraprocesalmente afirmaron ante la Notaría 4º del Círculo de Bogotá, donde manifestaron que les constaba que ésta pareja había convivido desde el "29 de Octubre (SIC) de 2010", compartiendo techo, lecho y mesa, cuando dentro del juicio adujeron no conocer esas circunstancias, lo que desde luego afecta su credibilidad. Dedujeron la convivencia del actor con la afiliada del hecho de que así se lo había manifestado aquel, además, fueron coincidentes en que no frecuentaban el inmueble donde la pareja habitaba, de ahí que no dieran razón de la vida en pareja o sentimental y por esa circunstancia no tuvieron conocimiento si la fallecida se quedaba en esa casa, no eran cercanos (vivían en distintos municipios) y por tanto no percibieron de manera directa si en realidad esa pareja convivió permanente, luego es palpable que cambiaron las versiones que rindieron extraprocesalmente, pues ante el notario declararon que les constaba que la pareja compartieron desde el año 2010 techo, lecho y mesa, lo que no ratificaron dentro del juicio.

Ahora, se verifica de los testimonios aportados por la joven Jeimmy Carolina Piñeros Rey, así como su propia manifestación, la aceptación de que la pareja convivió desde finales del año 2016 y hasta la muerte de la afiliada. Así lo manifestaron, los señores Nelson Enrique Blanco Rey (cuñado de la vinculada) y Angélica Yisel Piñeros Rey (hija de la

causante), asegurando, así como la interviniente que con anterioridad a dicho año entre Luis Molina Pachón y Blanca Patricia Rey Sánchez se sostuvo una relación de noviazgo, además, que el reclamante de la prestación arribaba algunos días entre la semana a su lugar de residencia y se quedaba esporádicamente los fines de semana.

Luego sin mayor esfuerzo se colige de sus respuestas que no se estaba en presencia de una relación sentimental con vocación de permanencia antes del año 2016, sino que se reducía a la sola circunstancia de unos encuentros que eran temporales y discontinuos, lo que se opone a la convivencia que reclama la norma legal para la pensión de sobrevivencia y que la Corte Constitucional en sentencia C- 1035 de 2008 señaló, contrario a lo afirmado por la apoderada del actor, que no se trata de cualquier relación, excluyendo:

"de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial."

Características que se evidencian en la relación sentimental que sostuvo la fallecida con el demandante antes del año 2016 y que descartan las que le son propias a la exigida para acceder a una pensión de sobrevivientes, de ahí que los reproches esgrimidos por el apelante no tengan vocación de prosperidad.

Por consiguiente, este Tribunal evidencia que no se logra acreditar que el actor cohabitara con la causante durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a producirse la muerte de la afiliada, pues los señores Nelson Enrique Blanco Rey, Angélica Yisel Piñeros Rey y Jeimmy Carolina Piñeros Rey, tan solo mencionan un tiempo de convivencia desde finales del año 2016 a la fecha de deceso de la causante, lo cual es insuficiente, para los efectos pretendidos.

Así las cosas, como no acreditó el tiempo requerido para la pensión que se pretende, sin que haya más consideraciones por hacer, no queda otra disyuntiva que despachar de manera desfavorable el recurso de alzada, debiéndose confirmar en lo que hace a este punto de apelación la sentencia proveída en primera instancia, pero las razones antes esbozadas por la Sala que son totalmente distintas a las de la A quo.

7. Interviniente ad excludendum. Preliminarmente debe decirse que la joven Jeimmy Carolina Piñeros Rey, fue citada a esta causa petendi como Interviniente ad excludendum y el fin primordial de su concurrencia no fue otro que el de darle la oportunidad de demostrar las circunstancias que, conforme a la ley, pudiera hacer valer con ocasión del derecho pensional que reclama el señor Luis Molina Pachón, quien adujo regentar la calidad de compañero de Blanca Patricia Rey Sánchez y que dada a esa manifestación dio lugar a que la demandada dejará en suspenso el 50% de la prestación económica hasta que la controversia sea dirimida por el juez del trabajo.

Como se dijo, la joven actúa en condición de interviniente *ad excludendum*, siendo la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, pues conforme se tiene dicho de tiempo atrás por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia de radicado radicado N° 38450 del 22 de agosto del 2012, cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera (o) permanente, o entre compañeras (os) permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos o hay de por medio derechos de menores de edad. Así lo dijo la Corte:

"En efecto, ha sostenido de antaño esta Corporación que cuando está en discusión el derecho a una pensión de sobrevivientes entre la cónyuge y compañera permanente del causante no es necesario y riguroso integrar un litis consorcio, puesto que ni por previsión legal, como tampoco por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que da origen al juicio se da la exigencia procesal señalada, ya que esa vinculación no está formada por un conjunto plural de sujetos que no pueda dividirse, sino que por el contrario cada uno de los beneficiarios puede ejercer su acción con prescindencia de los demás.

Así las cosas, la manera adecuada en que deben vincularse al proceso, es a través de la figura conocida como intervención ad excludendum, pues, además de que es una forma de intervención principal, cada una de las partes pretende para sí el derecho controvertido (pensión de sobrevivientes), dado que sus intereses se excluyen y demandan para que se resuelva prioritariamente su pretensión.

Ahora bien, no desconoce la Sala que hay eventualidades excepcionales en que no es posible resolver el pleito sin la necesaria comparecencia de un determinado beneficiario, como por ejemplo: (i) cuando se trata de un "menor de edad", dada su condición especial y la naturaleza del derecho, ya que es posible que a éste se le afecte o despoje de su porción pensional, sin que se le hubiere oído ni permitido ejercer su derecho de defensa por no habersele vinculado debidamente al proceso, o (ii) cuando el derecho pensional, se ha reconocido a la (al) cónyuge supérstite o compañera (o) permanente, previamente a la iniciación del proceso, habida cuenta que no sería razonable ni jurídico que quien fue satisfecho en su pretensión, aunque resuelta sin autoridad para ello, inusitadamente se vea privado del derecho reconocido, sin que se le haya dado la oportunidad de discutir judicialmente su prerrogativa."

Así entonces, como su vinculación corresponde a una intervención ad excludendum es claro que la facultaba para reclamar un mejor derecho en todo o en parte, para cuyos efectos "podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca", en términos del artículo 63 del C.G.P. (SL241-2022 y SL1853-2021); circunstancia que, aunque no se presentó taxativamente en el presente asunto, pues al acudir al proceso en tal calidad la citada contestó la demanda presentada por el señor Luis Molina Pachón, si dejó ver dentro de esta, no solo la oposición a la prosperidad de las pretensiones, sino que fue meridianamente clara en solicitar el 100% de la pensión de sobrevivientes, tal y como se observa a continuación:

"Así la cosas y con base en todo lo anterior me opongo a todo lo solicitado en la demanda por el señor LUIS MOLINA PACHÓN; ya que no demostró ser el compañero permanente de la señora BLANCA PATRICIA REY SÁNCHEZ (Q.E.P.D), y por el contrario JEIMMY CAROLINA PIÑEROS REY, es un sujeto de especial protección, cuando tenía 7 (siete) años perdió a su padre y con tan solo quince (15) años de edad, se enfrentó a la muerte de su señora madre, y al solicitar acceder a una pensión de sobreviviente a la que tenía derecho, se encontró con que el cincuenta por ciento (50%), de la misma estaría en suspenso, porque el novio de su mamá la estaba reclamando, situación que ha puesto en riesgo sus derechos, pues aún es una persona menor de veinticinco (25) años que se encuentra estudiando y tiene derecho a percibir el 100% de la pensión de beneficiaria, de su fallecida madre, así como todas las sumas que ha dejado de recibir durante este tiempo, pues se ha defendido con el 50% de un salario mínimo legal vigente, desde el año 2018."

En esas condiciones, al haber solicitado la totalidad del reconocimiento pensional a su favor, en la forma antes citada, es posible pronunciarse acerca del retroactivo pensional que concedió la cognoscente de primer grado y que fue objeto de censura por la encartada. Nótese, además, que la pasiva sólo reprocha el error que aduce cometió la A quo, cuando ordenó el pago de mesadas atrasadas sin haber demostrado las condiciones la vinculada, para ese mismo efecto, más no porque no estuviere facultada para impartir

tal orden, por lo que, al no interponer recurso alguno sobre este aspecto, manifestó implícitamente su conformidad con la actuación de la juez de conocimiento.

8. Retroactivo pensional a favor de Jeimmy Carolina Piñeros Rey. Considera la AFP Porvenir S.A. que la A quo se equivocó al liquidar el retroactivo pensional causado a favor de Jeimmy Carolina Piñeros Rey, aduciendo que, si bien es cierto se le debe reconocer en un 100% la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Blanca Patricia Rey Sánchez, dado a que el señor Luis Molina Pachón no resultó beneficiario de la prestación económica, también lo es que este debe ser liquidado hasta la fecha en cumplió la mayoría de edad, pues cumplidos los 18 años y hasta los 25 años, deberá acreditar las condiciones legales de su situación de estudiante durante dicho interregno.

Pues bien, en torno a ello ha de advertirse el yerro que cometió la falladora de primer grado al liquidar y condenar el retroactivo pensional causado a favor de la joven Jeimmy Carolina Piñeros Rey con extremo final el 31 de octubre de 2022, sin antes advertir la falta de medio de convicción en el proceso tendiente a demostrar la calidad de estudiante de aquella a partir de la data en cumplió la mayoría de edad, esto es, 22 de abril de 2021, por haber nacido el mismo día y mes del año 2003, según registro civil de nacimiento con indicativo serial 35356291.

En consecuencia, como la joven es beneficiaria del 100% de la prestación económica causada con ocasión del fallecimiento de su progenitora, es viable liquidar a su favor el 50% del monto pensional dejado en suspenso a partir del 20 de abril de 2018 y hasta el 21 de abril de 2021, teniendo para tal efecto un salario mínimo legal mensual vigente, lo que genera un retroactivo pensional de **\$16.415.042,60**.

| Retroactivo Pensional | | | | | |
|------------------------------------|-------------|--------------------------------------|------------------------------|-------------------|-------------------------|
| Fecha inicial | Fecha final | Salario Mínimo Legal Mensual Vigente | Porcentaje por reconocer 50% | Nº. Mesadas | Subtotal |
| 20/04/2018 | 31/12/2018 | \$ 781.242 | \$ 390.621,00 | 10 días y 9 meses | \$ 3.645.796,00 |
| 1/01/2019 | 31/12/2019 | \$ 828.116 | \$ 414.058,00 | 13 | \$ 5.382.754,00 |
| 1/01/2020 | 31/12/2020 | \$ 877.803 | \$ 438.901,50 | 13 | \$ 5.705.719,50 |
| 1/01/2021 | 21/04/2021 | \$ 908.526 | \$ 454.263,00 | 21 y 3 meses | \$ 1.680.773,10 |
| Total Retroactivo Pensional | | | | | \$ 16.415.042,60 |

Ahora, como el derecho de Jeimmy Carolina Piñeros Rey, en calidad de hija beneficiaria de la causante sólo se mantendrá vigente desde la fecha en que se haga exigible la prestación económica y hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta los 25 años, siempre y cuando se acredite la situación de estudiante durante dicho interregno, la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, deberá a partir del **22 de abril de 2021** reconocer la pensión de sobrevivientes causada a favor de la joven en un **100%** y hasta el **21 de abril de 2028**, siempre que se acredite la circunstancia legal antes expuesta.

En ese sentido, se **modificará** la sentencia de primer grado.

9. Descuentos. Se autoriza igualmente a AFP Porvenir S.A. para que descunte del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

10. Costas en segunda instancia. En esta instancia a cargo del señor **Luis Molina Pachón** y a favor de **AFP Porvenir S.A.** y **Jeimmy Carolina Piñeros Rey**, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

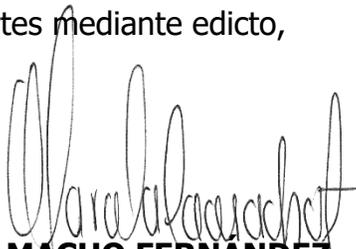
PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida el 9 de noviembre del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el cual queda así:

“**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **AFP PORVENIR S.A.** a pagar en favor de la joven **JEIMMY CAROLINA PIÑEROS REY** en su calidad de hija de la señora Blanca Patricia Rey Sánchez, la suma de **\$16.415.042,60** por concepto de retroactivo pensional causado y dejado en suspenso entre 20 de abril de 2018 al 21 de abril de 2021. A partir del **22 de abril de 2021** y hasta el **21 de abril de 2028**, deberá reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes causada a favor de la joven en un **100%**, siempre que acredite la situación de estudiante entre dicho lapso.”

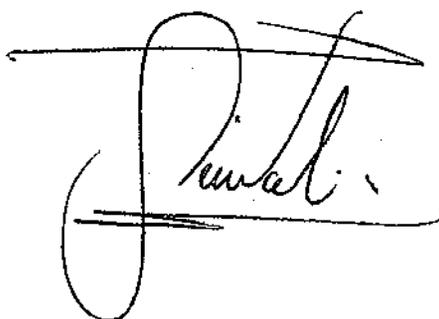
SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de **AFP PORVENIR S.A.** y **JEIMMY CAROLINA PIÑEROS REY** y a cargo del señor **LUIS MOLINA PACHÓN**.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



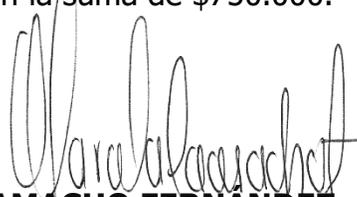
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de cada una de las demandadas **AFP PORVENIR S.A.** y **JEIMMY CAROLINA PIÑEROS REY** y a cargo del actor **LUIS MOLINA PACHÓN** en la suma de \$750.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAMIRO GARZÓN GARZÓN
Demandada: FONCEP
Radicación: 03-2020-00316-01
Tema: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA- RELIQUIDACIÓN PENSIONAL- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ramiro Garzón Garzón instauró demanda ordinaria contra Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - Foncep, con el propósito de que sea condenada al pago de la indexación de la primera mesada pensional tomando como IBL el valor de \$ 797.715,72, correspondiente al promedio de lo devengado en el último año de servicio más los aumentos del salario mínimo legal mensual vigente, conforme al parágrafo del artículo 33 del C.C.T., del periodo comprendido desde la desvinculación laboral en 1995 hasta el reconocimiento pensional. Así mismo, pidió la reliquidación de la pensión de jubilación convencional reconocida mediante la Resolución núm. 378 del 14 de marzo de 1999, tomando como valor de la primera mesada pensional la suma de \$1.025.135,21, que corresponde al 75% de la indexación de la primera mesada del total de lo devengado en su último año de servicios; retroactivo de las diferencias causadas; el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre; intereses moratorios; lo que resulte probado ultra y extra petita; y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 7 de febrero de 1943 e ingresó a laborar a la Secretaría de Obras Públicas el 22 de julio de 1970 hasta octubre de 1995, fecha en la que fue desvinculado de la entidad. Precisó que el total del promedio de lo devengado en el último año de servicios correspondió a la suma de \$797.715,72 y cumplió con los requisitos de tiempo de servicios, edad y estatus para ser acreedor a la pensión de jubilación convencional el 22 de julio de 1998, misma que le fue reconocida en cuantía inicial de \$690.338 mediante Resolución núm. 799 del 30 de junio de 1998. Explicó que el valor de la mesada inicial fue reliquidado por la Resolución núm. 378 del 15 de marzo de 1999, asignándole una primera mesada pensional de \$902.774.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la mesada de su pensión de jubilación convencional, conforme al artículo 36 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente a la fecha de su retiro, fue reliquidada e indexada mediante Resolución 378 de 1999, por lo que no habría lugar a que se ordene

nuevamente. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 8° a 12° y respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho, prescripción y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de octubre del 2022, en la que el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Como sustento de su decisión indicó como no controversial que el Favidí hoy Foncep reconoció al demandante una pensión de jubilación en cuantía de \$690.338 a partir del 7 de febrero de 1998, prestación que fue objeto de reliquidación mediante Resolución núm. 378 del 15 de marzo de 1999, en cuantía de \$902.774, cuyo pago quedó a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Distrito en cuantía de \$368.719,86 a título de pensión legal y el mayor valor convencional en cuantía de \$534.054,14 a cargo de la Secretaría de Obras Públicas, a partir del 7 de febrero de 1998.

Sentado lo anterior, en lo que respecta a la reliquidación convencional solicitada indicó que de conformidad con los artículos 33 y 38 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Santa Fe de Bogotá D.C. y el Sindicato de Trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C., la demandada al liquidar la prestación incluyó como factores salariales prima de antigüedad, prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, horas extras y quinquenio. Observó que la entidad tuvo en cuenta la parte proporcional de dichos conceptos en virtud de lo efectivamente devengado por el demandante durante su último año de servicio del 26 de diciembre de 1994 y el 25 de diciembre de 1995, conforme a lo estipulado en el texto extralegal.

Así las cosas, hizo alusión al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y al material probatorio obrante en el proceso, para significar que las cifras que se toman para liquidar la prestación deben corresponder exactamente a lo devengado y no lo recibido por el trabajador en el último año de servicios, lo cual concierne para la anualidad de 1994 a un total de 6 días y para el año 1995 a un total de 359, entre tanto el último año de servicios corresponde del 26 de diciembre de 1994 al 25 de diciembre de 1995, liquidando de manera proporcional lo que haya causado el demandante, como lo hizo la entidad llamada a juicio, arrojando una mesada pensional equivalente a \$902.774 a partir del 7 de enero de 1998, de allí que sea improcedente la reliquidación pretendida por el actor, así mismo, por sustracción de materia, la indexación, diferencias de las mesadas pensionales e intereses moratorios.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado Jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El promotor del proceso tiene derecho a que le sea reajustada la pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios debidamente indexado,

conforme lo prevé los artículos 33 y 36 del C.C.T. y, como consecuencia de ello, debe la demandada reconocer y pagar el retroactivo por las diferencias causadas e intereses moratorios?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que el demandante es beneficiario de la convención colectiva de trabajo de obras públicas y que por virtud de ello le fue reconocida en primer lugar un pago transitorio por pensión de jubilación que fue concedida mediante Resolución No. 00029 de 1996, a partir del 26 de diciembre de 1995, en cuantía de \$446.820; que con posterioridad, a través de Resolución núm. 799 del 30 de junio de 1998, le fue ordenado el pago de pensión de jubilación por el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – FAVIDI, en cuantía de \$690.338 a partir del 7 de febrero de 1998, con cargo al Fondo de Pensiones Públicas el Distrito y Secretaría de Obras Públicas, misma que fue reliquidada mediante acto administrativo núm. 378 del 15 de marzo de 1999, en la que se tuvo en cuenta el 75% del total de lo devengado por el trabajador en el último año de servicio comprendido entre el 26 de diciembre de 1994 y el 25 de diciembre de 1995, debidamente indexada, conforme a lo establecido en el artículo 38 del texto extralegal, estableciendo una primera mesada pensional de \$902.774 a cargo de Fondo de Pensiones Públicas el Distrito (\$368.719.,86) y Secretaría de Obras Públicas (\$534.054).

4. Reliquidación pensional. Así las cosas, la discusión conforme la plantea la parte actora radica en que al momento del reconocimiento pensional no se tuvo en cuenta para efecto de liquidar el ingreso base de liquidación, el promedio de lo devengado en el último año de servicio debidamente indexado, inconformidad que fundamenta en que pese a que la pensión se le otorgó con fundamentó en el texto extralegal, para efectos de calcular el ingreso base de liquidación, la entidad no aplicó en debida forma aquel estatuto normativo que especifica cómo se arriba al salario mensual de base sobre el cual debe calcularse la prestación, ni su actualización.

Con tal acotación, la convención colectiva de trabajo suscrita entre Santa Fe de Bogotá D.C. y el Sindicato de Trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C. dispuso en el artículo 38 lo siguiente:

"ARTÍCULO 38º. PENSIÓN DE JUBILACIÓN: *Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, continuará reconociendo y pagando la pensión mensual vitalicia de jubilación a todos los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas que hayan cumplido cincuenta (50) años de edad y veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos a Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital.*

La pensión de jubilación tendrá una cuantía del setenta y cinco por ciento (75%) del total de lo devengado por el trabajador en el último año efectivo de servicios."

En ese escenario, al tenor del texto extralegal aflora diáfano la forma cómo se integra el salario con el que se debe liquidar la pensión de jubilación, disponiendo que es lo "devengado por el trabajador en el último año efectivo de servicios", que para el caso es el comprendido entre el 26 de diciembre de 1994 y el 25 de diciembre de 1995, fecha de retiro.

Ahora bien, ha decirse que sobre el término "**devengado**" al que se refiere el compendio convencional, el órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria se ha ocupado de definir en diversos pronunciamientos su alcance y lo ha diferenciado del término "**percibido**", así:

"[...] una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir, generalmente se asocia a recibir u obtener el pago de algo. Puede decirse entonces que todo lo percibido lo es porque ha sido devengado, pero no siempre lo devengado es o ha sido percibido»." (sentencia SL1077-2021, reiterada en la SL3222-2022)

Clarifica el pronunciamiento jurisprudencial citado, que el término **devengado** indica, que es lo causado en un espacio de tiempo determinado – *último año de servicios* - a diferencia del término **percibido** que atañe al monto efectivamente recibido por el trabajador dentro de dicho período, sin estar sujeto al período de causación de los valores pagados, luego es errado sostener que en el promedio salarial del último año de servicios deba ser incluido la totalidad de lo que recibió el demandante, cuando aquello es contrario a la intelección que se le dio al término señalado y a lo acordado convencionalmente por las partes.

Ahora, en cuanto a los factores salariales con los cuales se debe efectuar el promedio de lo devengado en el último año de labores para lograr el cálculo de la pensión, debe señalarse que la cláusula convencional nada dispone al respecto y en esa medida corresponde entonces acudir al artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y Decreto 1158 de 1994, a fin de determinarlos, tal y como en sentencia SL1982-2021 se adoctrinó:

"De entrada habrá de decirse por esta Sala, que el Tribunal no incurrió en las infracciones fácticas que denuncia la censura, pues, por una parte, en lo relacionado con los factores a ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, lo que se advierte es que el instrumento convencional respectivo, en verdad, nada dijo sobre ello, sin que tal omisión o indeterminación conlleve, indefectiblemente, como lo formula la censura a que todos los conceptos y por todo su valor deban ser computados y promediados para la obtención del ingreso base pensional. Al respecto, esta Sala en diversas oportunidades al tratar asuntos con matices similares a los aquí abordados, particularmente en la sentencia CSJ SL3158-2017, dejó sentado lo siguiente:

[...] En otros términos, dada la generalidad del acuerdo convencional y la ausencia de una mención expresa de los rubros que constituyen la base para liquidar la pensión de jubilación, no puede hablarse de derechos adquiridos, como lo pretende hacer ver el censor, pues en este caso corresponde acudir a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad, en armonía con el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, a fin de determinar los factores constitutivos de la base de liquidación; textos normativos en los que valga resaltar, no se enuncia la prima de vacaciones ni el subsidio de transporte peticionados por el actor, tal y como lo estimó la decisión atacada. De manera que en ningún yerro pudo incurrir el Tribunal al aplicar tales preceptos."

Así, el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, vigente al momento de la causación del derecho pensional del promotor del proceso, establece los factores que han de tenerse en cuenta en la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión de la siguiente manera:

- Asignación básica mensual.
- Gastos de representación.
- Prima técnica.
- Primas de antigüedad.
- Remuneración por trabajo dominical o festivo.
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.
- Bonificación por servicios prestados.

Por consiguiente, los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de jubilación son únicamente aquellos que señala la citada disposición, de manera que corresponde tomar los valores causados y devengados en el último año de servicios por el actor, como en efecto lo hizo la enjuiciada, según se extracta de la Resolución núm. 378 del 15 de marzo de 1999, en tanto que tomó los siguientes conceptos:

- Asignación básica: \$2.725.933.
- Horas Ext.: \$303.822,19.
- Prima de antigüedad: \$420.495,35.

Lo que arroja un ingreso base de liquidación de **\$3.450.250,54**, suma que al ser indexada desde la fecha en que se produjo la desvinculación hasta la fecha en que adquirió el derecho a disfrutar del derecho, arroja un IBL de \$5.899.340,273, lo que da lugar a una primera mesada pensional de **\$368.708,76**, tal y como se observa a continuación:

| Suma a indexar | IPC Final | IPC inicial | Resultado | Resultado del valor indexado |
|----------------|-----------|-------------|------------|------------------------------|
| \$ 3.450.251 | 85,67 | 50,10 | 1,70982953 | \$ 5.899.340,273 |

| | |
|----------------------------|------------------|
| IBL ACTUALIZADO | \$ 5.899.340,273 |
| TASA DE REEMPLAZO | 75% |
| PRIMERA MESADA ACTUALIZADA | \$ 368.708,767 |

En este punto, debe precisar la Sala que acoge en su integridad la que hasta hoy es pacífica posición de las altas corporaciones, respecto a la procedencia de la indexación de las pensiones legales y extralegales, aun cuando se trate de pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política, en los términos de las sentencias SL736 de 2013 y SU 1073 de 2012.

Así entonces, de la liquidación efectuada por la Sala se evidencia que el valor reconocido por la encartada en la Resolución núm. 378 del 15 de marzo de 1999 es superior al que arroja esta liquidación (\$902.774), debiéndose precisar que no es viable incluir en el cálculo del salario promedio devengado en el último año de servicios, el monto del quinquenio, prima de navidad, servicios, alimentación, vacaciones y subsidio de transporte señalados en la certificación expedida por la Unidad de Mantenimiento Vial adiada 13 de noviembre de 2018, pues estos conceptos corresponden a los utilizados para la liquidación del auxilio de cesantía y en todo caso la disposición normativa legal ni extralegal lo establece de tal forma, de allí que los argumentos esgrimidos por el actor base de la pretensión del reajuste pensional están llamados al fracaso.

Ahora bien, debe acotar la Sala que, aunque en el mentado acto administrativo se señala que le fue reconocida por concepto de pensión de jubilación convencional la suma de \$902.774, siendo a cargo al Fondo de Pensiones Públicas el Distrito el valor de \$368.719.,86, mientras que a la Secretaría de Obras Públicas la cuantía de \$534.054, lo cierto es que, sobre este último concepto no se haya medio convicción alguno que dé cuenta de la fuente extralegal que dio lugar a mantener dicho reconocimiento. Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 33 de la convención colectiva de trabajo - que es al que se refiere el actor en la demanda-, estableció:

*"ARTÍCULO 33º. PAGO TRANSITORIO POR PENSIÓN DE JUBILACIÓN, SOBREVIVIENTES, INVALIDEZ O ENFERMEDAD: Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, por conducto de las Secretarías de Obras Públicas o de Hacienda o de la entidad que haga sus veces continuará pagando transitoriamente a los trabajadores oficiales al servicio de la Secretaría de Obras Públicas el valor correspondiente por Pensión de Jubilación, Sobrevivientes, Invalidez o enfermedad; **hasta tanto la entidad***

correspondiente incorpore en su nómina al trabajador. Este pago se hará en cuantía del setenta y cinco por ciento (75% del promedio salarial total devengado por el trabajador durante el último año de servicio. En el caso de los pensionados por Sobrevivencia, invalidez o enfermedad, el porcentaje para efectos de la cuantía a cancelar será igual al señalado por la Ley.

PARÁGRAFO: El pago transitorio por pensión de jubilación, sobrevivientes, invalidez o enfermedad se reajustará anualmente en el mismo porcentaje y a partir de la misma fecha en que sea aumentado el salario mínimo legal". (negrilla fuera de texto)

De lo anterior se extrae que restringe su reconocimiento siempre que "la entidad correspondiente incorpore en su nómina al trabajador"; aspecto que se corrobora con la comunicación adiada 27 de octubre de 1995, por medio del cual se le informó al actor:

0800

ALCALDIA MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA D.C.
SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS

Santa Fe de Bogotá, D.C., 27 OCT. 1998

25 69

Señor:
RAMIRO GARZON GARZON
C.C. No. 17.128.784 de Bogotá,
Presente

Acuso recibo de su carta de renuncia al cargo de Plomero I de la División de Parques y Avenidas, que desempeña con un jornal de \$7.492,00, según oficio del 4 de Octubre de 1995, radicada en esta Secretaría en la misma fecha, la cual se acepta, haciéndose por tanto efectiva la terminación de su contrato de trabajo a partir del 26 de Diciembre de 1995, según su comunicación expresa.

Igualmente le informo que por haber cumplido los requisitos legales de tiempo de servicio y edad para solicitar el reconocimiento y pago de la Pensión al amparo de una norma convencional, se incluirá en la NOMINA DE PAGO TRANSITORIO DE PENSION, a partir del día de su desvinculación y hasta cuando el Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C. adscrito a la Secretaría de Hacienda, lo asuma definitivamente como pensionado de esa Entidad, tiempo en el cual devengará una suma equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado en el último año efectivo de servicios, con base en el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo correspondiente al año de 1991, que se encuentra vigente.

Por favor presentarse a exámenes médicos de retiro en la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de efectividad de la terminación de su contrato de trabajo.

En la Sección de Personal deberá solicitar la liquidación de las prestaciones sociales que le adeuden. Para cesantía definitiva debe tramitar el paz y salvo administrativo por todo concepto.

Agradezco sus servicios prestados a la Secretaría de Obras Públicas y le deseo éxitos en sus actividades futuras.

Cordialmente,


ADOELFO VIANA RUBIO
Secretario de Obras Públicas

EL JEFE DE LA DIVISION DE PERSONAL DE
LA SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS D.C.

C E R T I F I C A :

Que previa confrontación de los documentos presentados estos se repone en copias sueltas a las que reposan en el archivo de hojas de vida de esta entidad

Fecha: 010898
Santa Fe de Bogotá, D.C.

ROSITA ESTHER BARRIOS FIGUEROA

La incorporación en nómina del trabajador vino a producirse cuando le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C. mediante Resolución 799 del 30 de junio de 1998, que fue reliquidada mediante el acto administrativo núm. 378 del 15 de marzo de 1999, por lo que no ha debido mantenerse el pago de la pensión transitoria ante la inexistencia de un acuerdo convencional en tal sentido, pues no existe medio de convicción en el plenario que señale que la misma será compartida, por el contrario, de la CCT se desprende que solo se pagará de forma transitoria hasta que la entidad correspondiente incorpore en su nómina

al trabajador, entendiéndose entonces como reemplazada, cambiada o sustituida por la legal. Así entonces, al ser la pensión de jubilación otorgada al accionante de carácter temporal, sometida a condición extintiva, la cual se consumó una vez configurada la condición resolutoria acordada por las partes, se extinguía la obligación por parte de la Secretaría de Obras Públicas.

En gracia de discusión, aun cuando debe mantenerse el beneficio pensional, la situación no sería distinta, en tanto que el artículo 33º convencional señala que el promedio salarial se debe obtener de lo devengado en el último año de servicios, sin que se especifique los elementos que integran la base para liquidar la prestación pensional, por lo que de cara a la ausencia de estipulación convencional sobre estos conceptos, la solución que se impone impartir es la aplicación del Decreto 1158 de 1994 y Ley 33 de 1985, como se plasmó con anterioridad en esta providencia.

De tal suerte, como se deben aplicar las citadas disposiciones al reconocimiento pensional transitorio al actor, la valoración probatoria que se realizó con anticipación en esta sentencia reveló que deben ser incluidos como factores salariales para calcular el IBL, únicamente la asignación básica, horas ext. y prima de antigüedad, sin lugar a incluir, entre otros elementos, la prima de antigüedad, prima de alimentación, subsidio de transporte y quinquenio. Por consiguiente, se verificó que al actor le correspondía una mesada pensional de \$368.708,767, tal cual quedó definido líneas atrás, valor que también lo es para la transitoria, suma que en todo caso es inferior a la reconocida por la entidad, por lo que no hay lugar a reliquidar la prestación, lo que impone a este Tribunal impartir absolución a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, con la consecuente confirmación de la sentencia de primer grado, aunque por las razones aquí esbozadas que son distintas a las utilizadas por la A quo.

5. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.

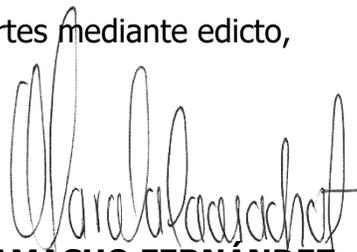
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de octubre del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIDIER JOSÉ RENGIFO AMARILES
Demandado: UGPP
Radicación: 11001-31050-23-2022-00107-01
Tema: APELACIÓN Y CONSULTA - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – HIJO INVALIDO.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Didier José Rengifo Amariles, instauró demanda ordinaria contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con el propósito de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su padre Didier José Rengifo Amariles, desde cuando cumplió la mayoría de edad, dada su condición de hijo inválido, el retroactivo pensional, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que su padre Didier José Rengifo Amariles falleció el 13 de junio de 1985, y en virtud de ello, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes a María Inés Hidalgo en calidad de cónyuge y al demandante en calidad de hijo menor de edad; que al cumplir los 18 años le retiraron la pensión, quedando el 100% de la prestación a favor de María Inés Hidalgo, quien se hizo cargo del sostenimiento y cuidado del actor; que la señora María Inés Hidalgo no informó a la UGPP la condición de discapacidad del demandante; que en el año 2018 la señora María Inés Hidalgo empieza con quebrantos de salud y ante la eventual desprotección del actor en caso de fallecer, inicia el trámite de reconocimiento pensional a cargo de la UGPP y a favor del demandante; que la UGPP le exigió el dictamen de pérdida de capacidad laboral para determinar el derecho a favor del actor; que durante el trámite del dictamen, falleció la señora María Inés Hidalgo; que el actor fue calificado con un pérdida de capacidad laboral del 61.5%; que la UGPP le negó el reconocimiento pensional con fundamento en que la fecha de estructuración del dictamen es posterior a la fecha de fallecimiento del causante; que no se tuvo en cuenta por la UGPP que la enfermedad del actor es congénita; que mediante sentencia del 16 de noviembre de 2001 se declaró al señor Didier José Rengifo Amariles como interdicto por demencia, cuya enfermedad es congénita; que la demora de la UGPP en el reconocimiento pensional ha conllevado a pasar necesidades económicas graves.

(fols. 1 a 11 archivo No 11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 16); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el demandante no cumple con la totalidad de los requisitos para hacerse beneficiario de la prestación solicitada, ello, en razón a que la calificación que se realizó se evidenció que la fecha de estructuración es posterior a la fecha del fallecimiento de la causante, además no se aporta prueba alguna que demuestre la dependencia económica. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación de reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes por incumplimiento del lleno de los requisitos legales- el demandante no ostenta la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica. (fols. 1 a 17 archivo No 15)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de noviembre del 2022, en la que el Juzgado condenó a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor del demandante Didier José Rengifo Amariles con ocasión del fallecimiento de su padre Didier José Rengifo Amariles (q.e.p.d), a partir del 17 de junio de 2019, en cuantía inicial igual al 100% de la suma devengada por la causante María Inés Hidalgo al momento de su fallecimiento, junto con las dos mesadas adicionales al año, e incrementos de ley; ordenó el reconocimiento de la indexación desde la fecha de causación de cada mesada hasta el momento de su pago, así como también autorizó a la UGPP a realizar los descuentos por aportes en salud; y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión indicó que el marco jurídico para resolver el asunto es el artículo 20, 21 y 22 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en tanto que el señor Didier José Rengifo Amariles falleció el 13 de junio del año 1985. Así las cosas, luego de hacer alusión a dicha normativa, indicó que la calidad de hijo está probada con el registro de nacimiento, así mismo, la condición de pensionado, por tanto, quedó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en el caso de existir beneficiarios.

Sentado lo anterior, indicó que la controversia se suscitaba respecto del requisito de la estructuración de la invalidez y la dependencia económica. En relación con el estado de invalidez consideró que no era factible tener en cuenta la fecha de estructuración que estableció el dictamen de pérdida de capacidad laboral, esto es, 15 de agosto de 2009, pues aquella corresponde a la cita de control y seguimiento por psiquiatría, siendo que desde la sentencia que declaró su interdicción se hace mención al concepto médico rendido por Jorge Molina, en la que diagnosticó que el actor presenta una alteración cerebral congénita permanente e irreversible, por lo que la fecha de estructuración corresponde al 1 de enero de 1983, fecha de nacimiento del demandante, aunado a que los testigos recabados dieron cuenta que la enfermedad del demandante es desde su nacimiento y que no ha podido desarrollarse en ninguno de sus aspectos tanto profesionales como económicos, y que siempre ha estado a cargo de alguno de sus familiares; en cuanto a la dependencia económica, se adujo que al momento de fallecimiento de su padre contaba con escasos dos años, además que era su padre y su madrastra María Inés Hidalgo quienes velaron por el sostenimiento y manutención del actor. En ese horizonte, concluyó que le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

Frente al disfrute de la prestación, manifestó que inicialmente se reconoció la sustitución pensional a María Inés Hidalgo y al demandante, siendo suspendida a este último a partir del 01 de enero del 2001, esto es, al cumplimiento de los 18 años, y de allí en adelante se otorgó el 100% a la señora María Inés Hidalgo, quien disfrutó de la prestación hasta el 16 de junio de 2019, fecha en que falleció, y por ende, el reconocimiento al actor se realizó a partir del 17 de junio de 2019, pues no es procedente ordenar un pago anterior a esa calenda, ya que la UGPP venía cancelando en debida forma el 100% a la señora María Inés Hidalgo, y la parte demandante solo hizo la solicitud de la pensión el 07 de junio de 2019.

Ordenó la indexación de las mesadas pensionales y se abstuvo de imponer costas procesales (Archivo No 20 y 21 con audiencia virtual).

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **UGPP** interpuso recurso de apelación argumentando que del acervo probatorio que se practicó no se logra acreditar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional; que no se demostró la dependencia económica y que carece de otros medios de subsistencia; que los testigos iban destinados a dar una mayor favorabilidad de la situación del demandante, sin embargo, manifestaron que el actor tuvo otros recursos de subsistencia lo cual se escapa de los elementos objetivos de la norma; que el demandante tuvo colaboración de otros familiares que no eran precisamente su padre; que el demandante obtenía recursos a través de trabajos que hacía esporádicamente y que familiares como las hermanas y las tías le colaboraron, lo que conlleva a que no existiera una dependencia y subordinación económica respecto a su padre; que no se tuvo en cuenta el lapso que se dio entre el fallecimiento del señor Didier padre y el fallecimiento de la señora madre; que la pensión de sobrevivientes no puede ser infinita en el tiempo, pues le correspondía indicar ante la UGPP en el momento del fallecimiento del señor Didier padre su situación de invalidez; que el requisito objetivo es demostrar la carencia económica o no tener medios de subsistencia, así como demostrar la dependencia económica, pero dicha situación no ocurrió; que el dictamen pericial indica la fecha de estructuración y desafortunadamente fue posterior al fallecimiento del señor Didier padre. En síntesis, peticona que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a la UGPP de todas las pretensiones incoadas por el actor.

7. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que el actor no es beneficiario de la prestación pretendida, por tal motivo no puede jurídicamente acceder al reconocimiento de la prestación, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer: ¿El demandante demuestra la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al óbito de su señor padre Didier José Rengifo Amariles y, en consecuencia, tiene derecho a su reconocimiento y pago? Para ello, se entrará a resolver ¿El señor Didier José Rengifo Amariles demostró el requisito de estructuración de la invalidez con precedencia a la

fecha del fallecimiento de su progenitor? Así mismo, se establecerá ¿Se encuentra acreditado el requisito de dependencia económica del actor respecto de su progenitor y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?

3. Fallecimiento. Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Didier José Rengifo Amariles (q.e.p.d) tuvo lugar el 13 de junio de 1985, como se aprecia de los diferentes actos administrativos expedidos por la UGPP (Fols. 162 a 168 Expediente administrativo).

4. Calidad de beneficiarios del de cujus. No se discute que ante el fallecimiento del señor Didier José Rengifo Amariles (q.e.p.d), se reconoció la pensión de sobrevivientes por parte del ISS, a través de la Resolución No 01843 del 21 de abril de 1988 (Fols. 59 a 60 archivo No 18) a favor de María Inés Hidalgo como compañera permanente y Didier José Rengifo Amariles en calidad de hijo.

Igualmente, es preciso connotar que en el caso particular de Didier José Rengifo Amariles, la prestación se dejó de reconocer al cumplimiento de los 18 años de edad, es decir, a partir del 01 de enero de 2001, momento a partir del cual se acrecentó la pensión de sobrevivientes en un 100% a favor de María Inés Hidalgo.

5. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, dado que el óbito se produjo el 13 de junio de 1985.

6. Requisitos sustitución pensional. La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia, que en el caso de los hijos son fundamentalmente tres (i) el parentesco, (ii) la dependencia económica respecto de la causante y, (iii) el estado de invalidez del solicitante. (SL494-2021)

6.1 Parentesco. Respecto del primer requisito relacionado con el parentesco, no hay duda de que Didier José Rengifo Amariles, es hijo de la causante, por encontrarse así acreditado con el registro civil de nacimiento (Fol. 46 expediente administrativo).

6.2 Dependencia económica. Sobre este aspecto, la Sala debe señalar que, pese a que la encartada especificó que no se encontraba acreditada la dependencia económica del actor con la causante, ello, en razón a que los testigos no dieron cuenta de tal situación, pues tenía ayuda de otros familiares aparte de su padre, además que no se reclamó en tiempo la prestación, es decir, no se tuvo en cuenta el lapso desde que falleció su padre hasta cuando falleció su madrastra, dichas circunstancias no dan al traste con el reconocimiento de la prestación impartida en primera instancia, ya que frente a la prueba testimonial debe tenerse en cuenta que en términos del artículo 211 del CGP: *"El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las *"circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*, y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, presupuestos que no se avizora que el fallador de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial por este colegiado, se llega a la misma conclusión del cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada derruir sus predicamentos.

Nótese que la prueba testimonial de Elvira Hidalgo Sánchez, Luz Marina Rodríguez y Floribel Rengifo Hidalgo, al unísono dan cuenta de la situación especial del

demandante, aduciendo que su padecimiento viene dado desde el nacimiento, que siempre estuvo al cuidado de sus padres, y que cuando falleció su padre, fue su madrastra quien quedó a su cuidado y velaba por el desarrollo del demandante, esto es, asistirlo en las citas médicas y en su cuidado; que el demandante sufre de una enfermedad mental y que no tiene ninguna preparación académica, ya que ha estado en fundaciones pero por su carácter "se enoja" "se pone agresivo" y lo "echan"; que estuvo al cuidado de su madrastra hasta cuando aquella falleció en el año 2019, y posterior a ello, es su hermana Floribel Rengifo Hidalgo, quien le tocó desplazarse desde Bogotá para seguir con su cuidado; que la ropa se la regalan algunos familiares, y que se encuentra con medicamentos e *"inclusive cuando uno le va a dar una pasta se pone agresivo y me ha tocado llamar a la policía"*

Debe tenerse en cuenta que el anterior relato no es contradictorio con la prueba documental adosada, en especial con lo considerado en la sentencia del 16 de noviembre de 2001 del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Sevilla, Valle del Cauca, en la que se decretó la interdicción indefinida por causa de demencia de Didier José Rengifo Amariles, y en la cual, se deja entrever que el actor padece de "retardo mental" desde sus primeros años de vida, el cual *"le impide un normal mantenimiento y desempeño familiar, social y- ocupacional, principalmente a nivel de relación, decisión, construcción de ideas, responsabilidad, autonomía etc"* (Fol. 80 expediente administrativo), aspectos que fueron abiertamente desconocidos por la UGPP y que inexorablemente llevan a concluir que el demandante desde su nacimiento ha sido dependiente de terceras personas, en primer término de sus padres ahora fallecidos y posteriormente de su madrastra; dependencia económica que no cambió al cumplir los 18 años de edad, dado que por su estado de salud y diagnóstico médico no puede ser autosuficiente sino sujeto a que otras personas sufraguen sus gastos o cubran sus necesidades. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, *"tiene plena justificación jurídica y social que un hijo al que se le sustituyó la pensión de su padre, en principio, por su minoría de edad, y luego por su incapacidad para trabajar por razón de sus estudios, mantenga el derecho a la sustitución pensional, al sobrevenirle una invalidez estando en disfrute de esa prebenda prestacional, pues se entendió que quien enfrenta esa situación conserva su estado inicial de desamparo, como que siempre ha carecido de la capacidad laboral necesaria para atender las exigencias de su congrua subsistencia, ya que, en realidad, no ha desaparecido su dependencia económica; en momento alguno de su vida ha llegado a ser autosuficiente"*(SL494-2021)

Ahora, frente al argumento de la UGPP de que debe tenerse en cuenta el lapso entre el fallecimiento del causante y la fecha en que eleva la reclamación, debe traerse a colación lo discurrido en la sentencia SL3572-2021, en la que en un caso de similares contornos la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dijo lo siguiente:

"En efecto, la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos exigidos para acceder a ella, aun cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento. La causación del derecho no depende de que su titular lo solicite, puesto que la falta de reclamación no autoriza en forma alguna el desconocimiento del derecho válidamente adquirido que, se podrá reclamar en cualquier tiempo dado el carácter vitalicio e imprescriptible que acompaña al derecho pensional.

Así, los requisitos para acceder a la sustitución que se reclama bien pueden ser constatados tiempo después de la defunción del pensionado, como por ejemplo la dependencia económica, pues lo que interesa es que los mismos hubiesen existido a la data del deceso. Por manera que, si después de treinta y tres (33) años la actora pudo demostrar que dependía económicamente de su progenitor al momento de su fallecimiento, con ello se acredita uno de los requisitos para la sustitución pensional y,

en consecuencia, no es de recibo la conjetura que hace la censura cuando afirma que, por no haberse presentado al mismo tiempo con su madre y su hermano a reclamar la prestación, surge de la resolución que enrostra como mal apreciada por el Tribunal que la reclamante no dependía económicamente del causante”.

De lo anteriormente expuesto, no existe conclusión distinta a que el señor Didier José Rengifo Amariles dependía económicamente de su progenitor, por manera que contrario a la censura, el Juzgador de primer grado no se equivocó al encontrar demostrada la subordinación económica con el causante, máxime cuando dicha condición no se descarta por el hecho de que se haya iniciado con posterioridad al óbito el proceso de interdicción al aquí actor, ni que posteriormente sus familiares hayan ayudado con su manutención, en tanto que, como muchas veces ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la dependencia económica respecto del pensionado, deberá demostrarse a la fecha del fallecimiento, no con posterioridad.

Precisamente, sobre el alcance del concepto de la dependencia económica en tratándose de hijos inválidos, en sentencia SL5605-2019 se explicó:

"El propósito normativo de establecer el requisito de acreditar la dependencia económica contiene un fin válido, dirigido a que la prestación llegue al real beneficiario del hijo o del padre fallecido, según el caso, que no es otro que aquel, que ante la pérdida de su familiar, se vea de tal manera abandonado que esto atenta contra su subsistencia.

La dependencia parte de la necesidad de la protección del hijo en condición de discapacidad que se encuentra subordinado al ingreso que el padre le procuraba para salvaguardar sus condiciones de subsistencia, con lo cual la ayuda económica de éste se torna imprescindible para asumir los gastos ordinarios de aquél, ante la imposibilidad material de costearlos para subsistir.

Ha sido claro que la imposibilidad material de los padres o de los hijos de suministrarse para sí mismos su propia subsistencia, no implica, como se señaló, el encontrarse en estado de mendicidad o la carencia total de recursos, por lo que la determinación de esta imposibilidad conlleva un juicio de autosuficiencia, entendida como aquella autonomía de generar fuentes de recursos que permitan la atención de necesidades básicas que permitan su subsistencia.”

Así las cosas, la Sala encuentra probado la subordinación económica con el causante, como bien lo expuso el A quo.

6.3 Estado de invalidez. En lo atinente al estado de invalidez, es menester indicar que según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Así mismo, el actual Manual Único para la Calificación de Invalidez, Decreto 917 de 1999 (vigente para la fecha del primer dictamen en cuestión), define como invalidez aquella que supera el 50% o más de pérdida de capacidad laboral; estado que según lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, puede ser determinado por las entidades adscritas al sistema de seguridad social, o bien directamente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando la persona interesada así lo solicita, caso en el cual estas actuarán como peritos, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1352 de 2013, compilado en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 dispone que el estado de invalidez será determinado con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la valoración, mismo que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su

trabajo por pérdida de su capacidad laboral, por ende, las entidades encargadas de fijar en una primera oportunidad el grado de invalidez, origen de las contingencias y la fecha de estructuración, como Colpensiones, las ARL y EPS, deberán seguir a cabalidad dicho texto.

Por último, se dejó sentado que en caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad, para que la entidad remita su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, decisión que será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dicha calificación deberá contener los criterios técnico-científicos de evaluación y pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

No obstante, aunque el dictamen de pérdida de capacidad laboral es por **regla general** la prueba conducente para determinar el grado de invalidez de una persona, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que en casos como el que ahora nos ocupa, en donde el hijo solicita la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, **no constituye la única prueba idónea** para su determinación, haciéndose imperativo valorar en conjunto la totalidad del acervo probatorio para garantizar los derechos de las personas en estado de discapacidad, objeto de una especial protección constitucional, como se indicó en sentencias **T-859/14, T-730 del 2012 y T-151 de 2015**.

Señaló además, de manera expresa que un dictamen expedido por una entidad oficial como el Instituto Nacional de Medicina Legal o una sentencia judicial que declare la interdicción **por discapacidad mental absoluta** de una persona constituyen pruebas de su invalidez sin que, existiendo éstas, se pueda exigir de todas maneras la valoración del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, pues en el caso de la petición de pensión por parte del hijo inválido, no es necesario determinar la fecha a partir de la cual ha dejado de trabajar ni el porcentaje de PCL disminuido a raíz de la enfermedad o accidente, presupuestos que si resultan indispensables cuando se persigue la pensión de invalidez con el objetivo de menguar los efectos de la contingencia que le impide ejercer en el mercado laboral, conforme al propósito del art 38 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, ha insistido la Corte, en que el no reconocimiento de la sustitución pensional, sin haber tenido en cuenta la totalidad del acervo probatorio, tratándose de una persona **que presenta una discapacidad mental severa**, como ocurre en el presente caso, constituye una vulneración de los derechos fundamentales del accionante y un desconocimiento de la obligación de prestar especial protección a la misma, teniendo en cuenta su condición psíquica, como se desprende del contenido de la sentencia T- 859 del 2004.

Sumado a lo dicho, tal como lo preciso la A quo, en materia de valoración probatoria, *“los jueces de instancia, al encontrarse en presencia de varios elementos probatorios que conduzcan a conclusiones disímiles, tienen la facultad, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, de apreciar libremente los diferentes medios de convicción, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, pudiendo escoger dentro de las probanzas allegadas al informativo, aquellas que mejor los persuadan, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtualidad para constituir un evidente yerro fáctico capaz de derruir la decisión”* SL1474-2021 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo dichas precisiones, procede a verificar la Sala si el aquí actor cumplió con el requisito de demostrar su invalidez a la fecha del fallecimiento de su progenitor,

aclarando, que en sentido estricto la censura no discute su invalidez al tener una pérdida de capacidad laboral (PCL) superior al 50%, sino la data en que la perdió, es decir, la fecha de estructuración de la invalidez. Para tal fin, se allegó el dictamen No 4137701 del 17 de julio de 2019 expedido por la Nueva EPS (Fols. 149 a 152 expediente administrativo), en la que se califica al actor con una PCL del 61.50 %, con fecha de estructuración del 15 de septiembre de 2009.

Sin embargo, cumple destacar que, si bien la data que se estableció en aquella es posterior a la fecha del óbito de su padre, no por ello esta Sala debe tener por cierto tal hecho, pues, resulta imperioso acudir a las demás pruebas allegadas al plenario que, por demás, muestran palmariamente que la fecha de estructuración de la invalidez del actor, no se situó el 15 de septiembre del 2009, sino, lo fue desde su nacimiento. Ello es así, dado que los medios de convicción apuntan que el Retraso Mental Profundo viene dado desde su nacimiento, pues así se extrae de las probanzas que dieron lugar a la sentencia que declaró su interdicción, en especial, el concepto médico del doctor Jorge Molina Pórtela, quien diagnosticó una *"alteración cerebral congénita"* *"alteración es permanente e irreversible"*.

De hecho, no puede dejarse de tener en cuenta que en el dictamen de pérdida de capacidad laboral se hizo alusión a la fecha de estructuración indicando que corresponde a la fecha en que se hizo la valoración por psiquiatría, no se enunció que tal data constituya en estricto sentido la fecha en que el actor perdió su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, máxime si se tiene en cuenta que en el detalle de calificación se expresa lo siguiente *"Paciente de 36 años de edad, de 34 años de edad con diagnóstico de retraso mental grave, trastorno afectivo bipolar, paciente con historia clínica de varias hospitalizaciones en unidad mental, no sabe ni leer ni escribir, vive en casa de su madre, presenta conductas violentas destructoras. (...) Paciente cálculo no tiene la capacidad de hacer cálculos por sencillas que sean (...). Paciente que con esta patología que es de carácter irreversible, no tiene la capacidad para valerse por sí mismo y debe ser apoyado por terceras personas para su sobrevivencia"* (Fol. 151 expediente administrativo).

En ese orden, de la lectura de los anteriores medios probatorios, emerge claro que las intelecciones de la Juez de primera instancia fueron acertadas, ya que es claro que la condición de invalidez no se situó el 15 de septiembre del 2009, además, por cuanto es evidente que lo relatado en la conclusión del dictamen, es acorde con lo manifestado por los testigos y apuntalan a darle sustento al concepto médico que se tuvo en cuenta en la sentencia que declaró su interdicción, es decir, que la enfermedad mental que padece el actor es congénita.

De lo expuesto, atinó la falladora de primera instancia al determinar que el extremo activo, cumplió con el requisito de acreditar su condición para ser acreedor de la pensión deprecada, ante el haz probatorio arrimado al proceso, el cual, deja en evidencia la condición de inválido al momento del fallecimiento de su progenitor, al contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con fecha de estructuración desde su nacimiento.

Así las cosas, se sigue mantener la decisión que en este ítem tomó la A quo.

7. Disfrute de la prestación. Sobre este punto, considera la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia que ordenó el reconocimiento pensional a partir del 17 de junio de 2019, fecha en la que falleció la señora María Inés Hidalgo (Fol. 402 expediente administrativo), quien como madrastra estaba a cargo del demandante y proveía por la subsistencia del actor con la mesada pensional que percibía del causante, pues tal

solución jurídica tiene sustento en lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3572-2021, en la que en un caso de similares contornos expresó:

"por lo que el reconocimiento y pago de mesadas pensionales causadas con anterioridad al fallecimiento de la cónyuge generaría para el demandado un doble pago sin ningún fundamento que justifique ese gravamen, máxime que con el 100% de la pensión que venía recibiendo también se beneficiaba la demandante por pertenecer al grupo familiar de su señora madre.

Así, se dispondrá mantener la decisión confirmatoria del Tribunal frente a la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Lydia Díaz Muñoz; y se modificará en cuanto a la fecha de pago de la misma para, en su lugar, señalar que se le debe pagar a partir del 7 de octubre de 2012, un día después del fallecimiento de su señora madre".

Ahora, si bien de conformidad con el artículo 283 del CGP se preceptúa que la condena debe ser en concreto, lo que conllevaría a determinar el valor del retroactivo causado, lo cierto es que, una vez revisada la prueba documental no se encuentra el valor de la mesada pensional que venía percibiendo la señora María Inés Hidalgo para el año 2019, ni mucho menos en años anteriores, razón por la cual se confirmara la decisión de instancia de ordenar que a partir del 17 de junio de 2019 se reconozca la pensión de sobrevivientes en un 100% del monto pensional que venía percibiendo la señora María Inés Hidalgo, junto con las dos mesadas adicionales al año, por tratarse de una sustitución pensional causada con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, y con los reajustes anuales que establezca el Gobierno Nacional de conformidad con el Artículo 14 de ley 100 de 1993, tal como lo estableció el a quo.

8. Excepción de prescripción. Ahora, teniendo en cuenta que la pensión de sobreviviente se reconoció desde el 17 de junio de 2019, y la demanda se presentó el 08 de marzo de 2022 (Fol. 1 archivo No 12), es claro que acertó la A quo en tanto que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT, entre la data de causación del derecho y la presentación de la demanda.

9. Costas. Se impondrá costas a cargo de la UGPP y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

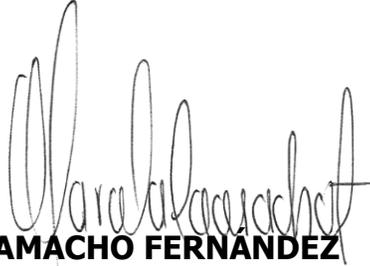
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de noviembre del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

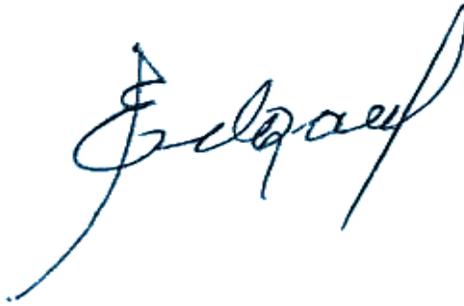
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

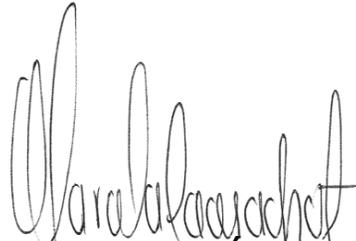


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Didier José Rengifo Amariles y a cargo de la UGPP, en la suma de UN SMLMV, esto es, \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NORA AIDÉ CASTAÑEDA CAMACHO
Demandada: SEPHORIZ LTDA Y OTROS
Radicado No.: 110013105-002-2017-00084-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nora Aidé Castañeda Camacho, instauró demanda ordinaria contra SEPHORIZ LTDA y HERNANDO AMAYA GONZÁLEZ, con el propósito de que se declare que entre la demandante y SEPHORIZ LTDA existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de iniciación el 03 de junio de 2014 y finalización el 15 de diciembre 2015, y que el mismo terminó sin justa causa. En consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por el no pago oportuno de las cesantías, la sanción moratoria del artículo 65 del CST por no pago de prestaciones sociales, la indexación, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato a término indefinido desde el 03 de junio de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2015, el cual terminó sin justa causa; que el cargo desempeñado fue como contadora en la ciudad de Bogotá, devengando como último salario la suma de \$2.500.000; que no se le canceló la liquidación definitiva del contrato; que la empresa demandada es un tipo de sociedad limitada, por lo que está llamada a responder cada uno de sus socios. (Pág. 1 a 7 archivo No 01).

2. Contestación SEPHORIZ LTDA y HERNANDO AMAYA GONZÁLEZ. Contestaron la demanda a través de curador Ad Litem, manifestando frente a las pretensiones que no es dable pronunciarse teniendo en cuenta que desconoce los documentos y pruebas en poder de la empresa demandada. Como excepciones de mérito rotulo las de prescripción, mala fe, y cobro de lo no debido. (Fols. 1 a 5 archivo No 06).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de septiembre del 2022, en la que la falladora de instancia declaró que entre Nora Aidé Castañeda Camacho y la demandada Sephoriz LTDA, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 03 de junio de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2015, desempeñándose la demandante como contadora y devengando como remuneración mensual la suma de \$2.500.000; condenó a Sephoriz LTDA a pagar las siguientes sumas: \$2.395.833 por concepto de cesantías, \$287.500 por intereses a las

cesantías, \$1.145.833 por prima de servicios, \$1.916.666 por vacaciones, la que deberá pagarse debidamente indexada; condenó a la indemnización moratoria a raíz de un día de salario por cada día de retardo, correspondiente a \$83.333 a partir del 15 de diciembre de 2015 por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima dispuesta para créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, hasta que se efectúe el pago de las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales; absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a Sephoriz LTDA. (Fol. 1 a 3 archivo No 13 y archivo No 12 audiencia).

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume que toda relación de forma personal está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se demostró la prestación personal del servicio con la prueba documental allegada, esto es, con el contrato a término indefinido suscrito el 06 de junio de 2014 con la demandada SEPHORIZ LTDA, en la que se da cuenta que fue contratada para desempeñar el cargo de contadora con una jornada de lunes a sábado, con un salario de \$2.500.000; asimismo se encontró demostrado con la certificación de recursos humanos de la demandada y los aportes a pensión realizados por la empleador, aspectos que dieron lugar a aplicar en su favor la presunción legal de la existencia del contrato, sin que la encartada haya comparecido al proceso a desvirtuarla, por ende, declaró la existencia del contrato de trabajo.

Ahora, en lo que tiene que ver con el extremo inicial de la relación laboral, hizo alusión al contrato de trabajo y a la certificación laboral para determinar que el inicio del contrato fue el 03 de junio de 2014, y como extremo final tuvo en cuenta la historia laboral de cotizaciones en la cual se aprecia como último aporte en el mes de diciembre de 2015, razón por la cual, se tiene como extremo final el enunciado en la demanda, esto es, 15 diciembre de 2015.

Frente a las acreencias laborales, estimó que en el proceso no obra prueba del pago de la liquidación final de prestaciones, razón por la cual se abre paso a la procedencia de tales pretensiones, ordenando el pago de \$2.395.833 por concepto de cesantías, \$287.500 por intereses a las cesantías, \$1.145.833 por prima de servicios, \$1.916.666 por vacaciones, las que deberá pagarse debidamente indexada.

En lo relacionado con la indemnización por despido, consideró que le correspondía a la parte demandante demostrar el hecho del despido; empero, ninguna probanza se allegó al respecto por la parte demandante, es decir, no se puede establecer probatoriamente que se le haya terminado el contrato de trabajo, por ende, se absolvió de tal pretensión.

En lo tocante a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, adujo que la demandada no compareció al proceso, y por tanto, no existe prueba alguna que permita justificar su omisión en el pago, procediendo la condena por este concepto, esto es, un día de salario por cada día de retardo, correspondiente a \$83.333 a partir del 15 de diciembre de 2015 por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima dispuesta para créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, hasta que se efectúe el pago de las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales.

En lo que concita a la indemnización por no pago de las cesantías, precisó que no hay lugar, ya que se reclamaron las cesantías del año 2015, y como quiera que el contrato finalizó el 15 de diciembre de 2015, no se vencía el termino para cumplir su obligación.

Respecto a la prescripción, dilucidó que el contrato finalizó 15 de diciembre de 2015, y la demanda se presentó el 17 de febrero de 2017, es decir, sin superar el término trienal, además que se cumplió también con lo dispuesto en el artículo 94 CGP.

Finalmente, frente al socio demandado, se absolvió de todas las suplicas al no haberse pretendido ninguna condena en su contra, menos aún en lo que refiere a la solidaridad.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación las siguientes partes procesales:

4.1 Demandante: Manifiesta que se omitió pronunciamiento sobre la responsabilidad solidaria del demandado Hernando Amaya González, teniendo en cuenta que desde el auto admisorio se incluyó como demandado, además se estableció en los hechos de la demanda su responsabilidad, y si bien no se encuentra en las pretensiones, el juez debe en su facultad ultra y extra petita haberse pronunciado frente a la responsabilidad de la persona natural.

4.2 Demandada SEPHORIZ LTDA: Adujo que, la decisión debe ser revocada ya que a pesar de que la parte demandada no compareció, se observa en el debate probatorio que actuó de buena fe, ya que buscó las razones para comunicar la decisión a sus trabajadores respecto a la no continuación del trabajo, dando lugar a que los trabajadores presenten las reclamaciones en tiempo, lo que no se efectuó por la demandante; que hubo una buena actitud de pago y que no hubo razón de querer hacer daño a sus trabajadores frente al no pago de sus acreencias; que frente a las prestaciones, en el debate indicó la actora que se le pagaron las sumas de manera habitual y permanente, sin ninguna inconformidad, y lo único que se tiene es la demanda; que la demandante afirmó que los pagos se realizaron de manera habitual y permanente, lo que deja en duda frente a los pagos realizados a la trabajadora; que la accionante indicó que recibía pagos en efectivo; que se debe revisar si tiene o no razón a la imposición de la sanción moratoria.

5. Alegatos de conclusión. La parte **demandada** alegó en su favor aduciendo que existió buena fe en su actuación, pues así se puede apreciar del interrogatorio de parte que se le practicó a la actora, por lo que en su función de Curador Ad Litem, considera ausencia de pruebas para dar soporte al fallo proferido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes,

2. Problemas jurídicos (i) ¿Hernando Amaya González es solidariamente responsable de las condenas impuestas? **(ii)** ¿No hay lugar a imponer condenas a la sociedad SEPHORIZ LTDA por concepto de liquidación final de prestaciones sociales? **(iii)** ¿SEPHORIZ LTDA actuó de buena fe y por tanto no procede la indemnización del artículo 65 del CST?

3. Contrato de trabajo, extremos temporales y salario. Para resolver los problemas jurídicos que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, modalidad contractual, cargo y salario devengado por la actora. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas son corroboradas con el contrato de trabajo a término indefinido (Fol. 8 a 10 archivo No 01), la certificación laboral (Fol. 11 archivo No 01), y la historia laboral de cotizaciones a pensión (Fol. 2 a 6 archivo No 09).

4. Solidaridad Hernando Amaya González - Principio de congruencia. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que el ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por el apelante se encuentra orientado a que debía la juez de primer grado pronunciarse sobre la responsabilidad del señor Hernando Amaya González como socio de SEPHORIZ LTDA. Ahora, la juzgadora de primer grado destacó que en relación con el demandado Hernando Amaya González ninguna condena puede endilgarse en su contra en la medida en que no existe pretensión en ese sentido, lo que impide de entrada estudiar la responsabilidad solidaria que pregonan la parte activa.

En tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en que esta sala se ocupe de verificar la responsabilidad solidaria del demandado Hernando Amaya González, aspecto que no puede ser definido en este asunto, como quiera que la pretensión que ahora se persigue no se encuentra comprendida en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fue discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió en la declaración de la relación laboral con SEPHORIZ LTDA y de manera consecuencial el reconocimiento y pago de acreencias laborales, sin que ninguna pretensión vaya dirigida a pedir la solidaridad de los socios

de SEPHORIZ LTDA, mucho menos se hace relación particular del demandado Hernando Amaya González.

De igual modo, si bien es cierto en el hecho décimo del libelo genitor se enuncia que *"por ser la empresa demandada un tipo de sociedad limitada, está llamada a responder cada uno de sus socios"*, ello no abre paso a que el juez introduzca mutuo propio la pretensión de responsabilidad solidaria del socio demandado, pues ello le correspondía alegarlo al apoderado judicial en las oportunidades legales que prevé el Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, en particular el artículo 28, que establece la reforma a la demanda; sin embargo, como no se hizo, mal podría ahora a través del recurso de alzada pedir que se haga el estudio de una pretensión que no fue enarbolada en la demanda ni incluida en las oportunidades legales; asimismo, al revisar en su integridad el libelo genitor, ni siquiera en los fundamentos de derecho se hace alusión a la responsabilidad solidaria que ahora pretende, razón de más para despachar de manera desfavorable la alzada.

De otra parte, al revisar la fijación del litigio de que trata la audiencia del artículo 77 del CPTSS, da cuenta la Sala que giró en torno a la existencia del contrato de trabajo y el reconocimiento y pago de acreencias laborales, sin que el apoderado judicial se haya inmutado en por lo menos hacer referencia a la responsabilidad del socio frente a las pretensiones de la demanda, lo que conlleva indeclinablemente a negar el recurso interpuesto.

Así las cosas, considera la Sala, al igual que lo hizo la cognoscente de primer grado, que no hay lugar a que la Sala se pronuncie sobre aspectos que las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda; por manera que con el fin de garantizar dichas prerrogativas constitucionales, se sigue confirmar la sentencia confutada, en tanto que, no fue objeto de pretensión ni de debate la responsabilidad solidaria de Hernando Amaya González.

Ahora, el hecho de que la demanda se haya admitido en contra de Hernando Amaya González, ello no da lugar a entender que se peticiona la responsabilidad solidaria, pues no existe pretensión en ese sentido, y tal como fue planteada la demanda, dio lugar a que la juez definiera previamente si el empleador es Hernando Amaya González o SEPHORIZ LTDA, es decir, ante la falta de pretensión en contra de Hernando Amaya González y siendo que el debate estaba dirigido principalmente a la existencia de la relación laboral, era lo único que podía estudiarse en relación con Hernando Amaya González, y como se encontró que la relación laboral se dio con SEPHORIZ LTDA, lo procedente era absolver al demandado Hernando Amaya González de todas y cada una de las pretensiones, como acertadamente lo hizo la a quo.

Finalmente, tampoco podría exigirse del juez de primera instancia que emitiese condena en uso de las facultades ultra y extra petita, dado que tal facultad es *"discrecional, y no obligatorio"*, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado No 32514 del 2010, y en todo caso, solo puede hacerse uso de dicha facultad cuando se han discutido y probado en juicio los hechos que originen la decisión, presupuesto que como se indicó, no se cumple en el presente caso.

5. Respecto de las demás condenas impuestas. Esgrime el apoderado judicial de la parte pasiva que debe revocarse la decisión de instancia ya que *"se observa en el debate*

probatorio que actuó de buena fe” y frente a las prestaciones “en el debate indicó la actora que se le pagó las sumas de manera habitual y permanente sin ninguna inconformidad, y lo único que se tiene es la demanda”.

Al respecto basta con señalar que, como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para derruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el sub-examine la parte pasiva se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad sin fundamentación alguna respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, y en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*“Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada**”. (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a las demás condenas impuestas por el juez primigenio, pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, las cuales son consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes del litigio, pues la simple afirmación escueta de que “en el debate indicó la actora que se le pagó las sumas de manera habitual y permanente sin ninguna inconformidad, y lo único que se tiene es la demanda”, no abre camino para su estudio individualizado por vía de apelación.

Ahora, en gracia de discusión, debe tenerse en cuenta que el dicho de la actora en el interrogatorio de parte estuvo relacionado con el salario devengado que ascendió a \$2.500.000, indicando que el mismo se le pagó de manera habitual y periódica, en algunas oportunidades en la cuenta bancaria y en otras en efectivo; sin embargo, se itera, esta manifestación relacionada con la habitualidad se efectuó respecto al salario, no frente a las demás acreencias cuyo pago se ordenó en primera instancia y que corresponden en esencia a la liquidación final de prestaciones sociales, aspecto sobre el cual ninguna manifestación con vocación de confesión se desprende del dicho de la actora. Así las cosas, el punto de apelación frente al pago de las acreencias laborales ordenadas en primera instancia no puede salir avante.

De otro lado, una vez revisada la alzada, lo que puede entenderse es que no podía condenarse a la entidad demandada a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, pues hace alusión a que tal entidad obró de buena fe, aspecto que lleva a efectuar su estudio.

6. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que la entidad SEPHORIZ LTDA no compareció al proceso, y por tanto, no existen elementos de juicio que permitan justificar su actuar omiso en el pago de la liquidación final de prestaciones a favor de la actora, sin que la parte demandante haya confesado alguna situación que lleve a colocar a la entidad demandada en el plano de la buena fe como lo aduce el recurrente, pues se itera, cuando la actora manifestó que recibió el pago permanente y periódico fue en relación al salario de \$2.500.000 mensuales y no frente a la liquidación final de prestaciones a la terminación del contrato; igualmente, no coloca a la empresa demandada en el plano de la buena fe el hecho de que la demandante no haya elevado reclamación o solicitud previo a la interposición de la demanda, pues lo buena o mala fe se revisa es al momento de la terminación del contrato de trabajo, evento en el cual, como acontece en el sub examine no existe prueba del pago de la liquidación final ni tampoco justificación de su actuar omiso, independientemente de lo que se eleve o no reclamación con posterioridad, pues ello constituye una mera facultad de los trabajadores.

De igual manera, quien debía demostrar que pagó o actuó conforme a las previsiones legales en materia de pago de la liquidación final de prestaciones es a la parte demandada, razón por la cual, el disenso referido a que hay duda de sí se pagó o no las prestaciones no es de recibo, mucho menos que debía la actora allegar los desprendibles de pago que recibía de parte de la demandada, esto es, los que recibía a la cuenta bancaria o en efectivo, pues aquello le competía a la encartada.

En consecuencia, sobre este aspecto entera razón le asiste a la cognoscente de instancia, debiéndose impartir confirmación, máxime cuando la liquidación no fue confutada, ya que la apelación solo se limitó a esgrimir la absolución de tal sanción por estar arropada su actuación a la buena fe.

7.Costas. Costas en esta instancia a cargo de SEPHORIZ LTDA por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

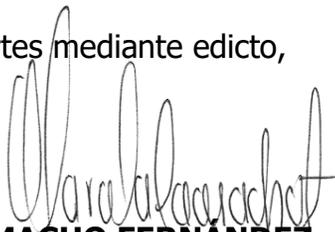
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

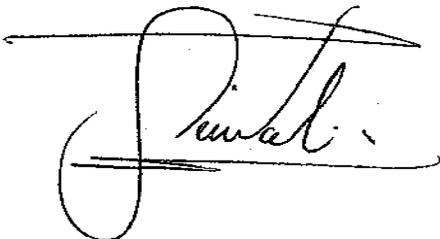
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de SEPHORIZ LTDA. Las de primera se confirman.

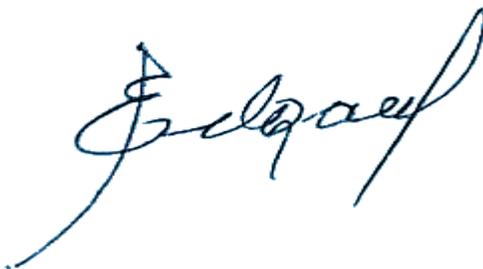
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

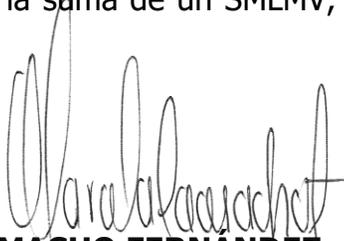


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas a cargo de **SEPHORIZ LTDA**, fijándose como agencias en derecho en favor de NORA AIDÉ CASTAÑEDA CAMACHO en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RODRIGO YOPASA SÁNCHEZ
Demandada: DISTRIBUIDORA DE CARNES NUEVO MILENIO EU
Radicado No.: 110013105-003-2019-00549-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rodrigo Yopasa Sánchez, instauró demanda ordinaria contra Distribuidora de Carnes Nuevo Milenio EU, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, con fecha de iniciación el 01 de febrero de 2012 y finalización el 10 de febrero 2019. En consecuencia, se condene a la encartada al pago de horas extras, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales y salario, los intereses moratorios sobre los saldos adeudados por salarios y prestaciones sociales, al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, la indexación y, costas y agencias en derecho del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la empresa Distribuidora de Carnes Nuevo Milenio EU, desde el 01 de febrero de 2012 hasta el 10 de febrero de 2019, realizando la labor de cortador de carne; que inicialmente le empezaron pagando \$181.675 semanalmente, y finalmente se reconoció como último salario la suma de \$650.000; que cumplía un horario de trabajo de 6 am a 7 pm de lunes a sábado, y los días domingos y festivos de 8 am a 2:30 pm; que la demandada no afilió al demandante al sistema general de seguridad social en pensión, salud y riesgos profesionales; que durante la relación laboral no se le cancelaron horas extras, dominicales y festivos; que la demandada no cumplió con la obligación legal de consignar las cesantías a un fondo de cesantías; que la empresa demandada no pagó los intereses a las cesantías, las primas de servicios, y vacaciones; que el 10 de febrero de 2019 le dieron por terminado su contrato de trabajo sin justa causa; que a la finalización del contrato de trabajo no le fue reconocida la liquidación final de prestaciones sociales. (Pág. 22 a 34 archivo No 01).

2. Contestación Distribuidora de Carnes Nuevo Milenio EU. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que nunca ha existido un contrato de trabajo ni de cualquier otra naturaleza con el demandante; que no se cumplen los presupuestos del artículo 23 del CST, por lo que no existe ninguna suma de dinero pendiente de reconocer a favor del demandante y a

cargo de la demandada. Como excepciones de mérito rotulo las de inexistencia de la obligación pretendida, inexistencia de un contrato de trabajo y/o cualquier otra naturaleza entre las partes, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe, y la genérica. (Fols. 1 a 9 archivo No 09).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre del 2022, en la que el fallador declaró que entre Rodrigo Yopasa Sánchez y la empresa Distribuidora de Carnes Nuevo Milenio E.U., existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 31 de diciembre de 2011 y finalizó el 01 de mayo de 2015; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre todas las pretensiones relativas a las acreencias laborales; condenó a la empresa Distribuidora de Carnes Nuevo Milenio E.U. al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión a partir del 31 de diciembre de 2011 y hasta el 01 de mayo de 2015, previo cálculo actuarial que deberá realizar el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante con base en el salario mínimo para cada anualidad. Finalmente, condenó en costas a la parte demandada. (Fol. 1 a 3 archivo No 15 y archivo No 14 audiencia).

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume que toda relación de forma personal está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se echa de menos cualquier prueba documental que acredite la celebración del contrato de trabajo, razón por la cual se acude a otros medios probatorios, encontrando que únicamente se tiene la prueba testimonial del señor Raúl Ernesto Sánchez quien manifestó conocer al demandante desde el año 2011 laborando para la empresa demandada como cortador de carne, e igualmente indicó que fue trabajador de la entidad demandada entre julio de 2014 y mayo de 2015, siendo compañero de trabajo.

Con base en el anterior testimonio dio por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, correspondiéndole a la demanda desvirtuar tal presunción; no obstante, la demandada no aportó ninguna prueba para derruir tal presunción, pues en su defensa se limitó a afirmar que nunca existió un vínculo de naturaleza laboral con el demandante, pero sin ningún soporte probatorio, máxime si el testigo Raúl Ernesto Sánchez manifestó todo lo contrario, esto es, que el demandante fue trabajador y compañero de trabajo en la entidad demandada, aspectos que llevaron a declarar la existencia de la relación laboral.

En cuanto a los extremos temporales, después de hacer referencia a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, cuando no se tiene certeza de su hito inicial y final, precisó que del dicho del testigo quien conoció al actor desde el año 2011, es procedente declarar como extremo inicial el 01 de enero de 2012 hasta el 01 de mayo de 2015, como quiera que el testigo Raúl Ernesto Sánchez laboró para la demandada hasta el mes de mayo de 2015.

Previo al estudio de las pretensiones condenatorias hizo el estudio de la excepción de prescripción, para lo cual encontró que la misma debe prosperar en la medida en que la relación laboral finalizó el 01 de mayo de 2015 y la demanda fue presentada el 20 de agosto de 2019, sin que se evidencia prueba alguna de reclamación que logre interrumpir la prescripción, por lo tanto, indicó que se encuentran prescritas las

acreencias laborales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2015, y en cuanto a las vacaciones las causadas con anterioridad al 21 de agosto del 2015, es decir, que las acreencias laborales pretensas se encuentran afectadas por la prescripción extintiva.

Frente a la pretensión de aportes en pensión, hizo referencia a su imprescriptibilidad debido a que tales aportes se pueden computar cuando aspire a la pensión de vejez, en consecuencia, ordenó el pago de tales aportes por el lapso comprendido entre el 01 de enero del 2012 hasta el 01 de mayo de 2015, previo cálculo actuarial que realice la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliado y teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación la demandada Distribuidora de Carnes Nuevo Milenio E.U., quien manifestó que, controvierte la existencia del contrato de trabajo declarado entre el 01 enero de 2012 al 01 de mayo en 2015, ello teniendo en cuenta que se condena únicamente por lo dicho sin argumentos del testigo, quien además informó en su testimonio que él también había trabajado en la época en la Distribuidora de Carnes Milenio y que a él sí se le había cancelado absolutamente todo, con lo cual no se explica cómo el testigo dice que efectivamente le pagaron todo pero a otro presunto o supuesto trabajador no se le hayan pagado; que no es ajustado a derecho la consideración de que le correspondía a la demandada probar que no existe contrato, ya que no existiría una prueba en la que se diga A, B, C, o D trabajó o no trabajó en la empresa, por la simple y sencilla razón que para eso se practicó el interrogatorio a la representante legal, quien expuso con claridad que efectivamente nunca había sido trabajador, exponiendo además que la relación del actor era de amistad o compinchería con su esposo; que el testigo contó que cuando trabajó se le pagó absolutamente todo; que al no existir prueba tangible de la existencia de la relación laboral, no hay lugar a la condena impuesta por aportes a la seguridad social en pensiones; que el testigo no ofreció claridad sobre las fechas, pese a que el señor juez encontró extremos del 1 de enero del 2012 al 01 de mayo 2015; que el testigo colocó unas fechas por poner, de manera caprichosa; que al no declararse la existencia de la relación laboral también se debe absolver en costas; que además de prosperar la excepción de prescripción debe prosperar las demás excepciones propuestas como son la de inexistentes de la obligación, inexistencia de un contrato de trabajo de cualquier naturaleza de las partes, cobro de lo de lo no debido, carencia al derecho reclamado y enriquecimiento sin justa causa.

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problema jurídico. Consiste en determinar por la Sala ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda?

3. Relación laboral. Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 01 de febrero del 2012 al 10 de febrero de 2019, ejerciendo la labor de cortador de carne. Afirmación frente a la cual la demandada aduce en la contestación del libelo incoatorio que con el demandante *"no existe ni ha existido un contrato de trabajo ni de cualquier otra naturaleza"* (Fol. 2 archivo No 009).

Bajo ese panorama, lo primero que viene a propósito mencionar es que en efecto ninguna prueba documental da cuenta de la prestación personal del servicio, teniendo solo como prueba de cargo del demandante el testimonio de Raúl Ernesto Sánchez, quien a juicio de la sala una vez valorado no resulta contradictorio ni mucho menos pueden desestimarse sus dichos como lo sostiene el recurrente, pues dio cuenta de que conoció al demandante desde "más o menos" el año 2011, que aquel trabajaba en Carnes Nuevo Milenio, entidad en la cual también él laboró desde finales de junio de 2014 hasta mayo de 2015; mencionó que antes del 2014 laboró en una fama que quedaba cerca a la demandada y que cuando no habían productos *"se llamaba directamente a Rodrigo para pedir si había el producto o no había el producto"* y que por ello lo conoce desde el año 2011; que la labor del actor era la de *"cortador principal de ese negocio"* *"atender público"* *"se encargaba de organizar la nevera principal que era la de los cortes la del corte de res prácticamente"* *"organizar la nevera de la carne de res y era el encargado de organizar cuarto frio"*; asimismo, indicó que el demandante *"trabajaba de lunes a sábado de 6 de la mañana a 7 de la noche, domingos de 8 a 2 y era un domingo si y un domingo (sic) y se trabajaba festivos"*.

Ahora, al estar en presencia de un único testigo, acota la Sala que en materia probatoria no aplica el principio *"testis unus testis nullus"* o *"testigo único, testigo nulo"*, pues estamos frente a un sistema de libre apreciación de las pruebas, de conformidad con el

artículo 61 del C.P.T y S.S, empero, cuando se está frente a un solo testimonio, como es el caso puesto a consideración, la declaración rendida no debe comportar contradicciones internas ni externas en relación con otros medios de convicción, y su dicho debe ser tan fehaciente que desplace lo discutido por otro medio probatorio, situación que logra extraerse del testigo traído al proceso, ya que laboró en el mismo ramo que el actor, fueron compañeros de trabajo y dio cuenta de aspectos inherentes a la prestación personal del servicio del actor con la demandada, sin que sus dichos puedan deslegitimarse como lo sostiene el recurrente, máxime si se tiene en cuenta que al concontrinterrogar no se hicieron preguntas que lleven a dilucidar alguna contradicción en el dicho del testigo, y en ese orden, para la Sala el relato del testigo Raúl Ernesto Sánchez resulta convincente, espontáneo y no es contradictorio.

Aduce el apoderado judicial de la sociedad recurrente que el testigo Raúl Ernesto Sánchez manifestó que a él si le pagaron sus acreencias laborales, aspecto que a su juicio resulta inexplicable, pues no entiende como al testigo si le pagaron pero al presunto trabajador no, lo que según su tesis descarta la existencia de la relación laboral con el demandante. Al respecto, considera la judicatura que el hecho de que el testigo haya manifestado situaciones de su relación laboral, en particular que a él si le pagaron las acreencias, no implica la inexistencia de la relación laboral con el actor, pues el pago de las acreencias laborales a cada trabajador es un aspecto que es del resorte de las partes contractuales, que en muchos casos no se exteriorizan a los compañeros de trabajo, y en particular en el presente caso el mismo testigo informó que en materia de pago de salarios, los mismos eran efectuados por el señor Leonel Ariza, quien "era muy reservado", lo que conduce a delinear que la postura del recurrente en querer restarle validez a los dichos del testigo no es de recibo, aúnesse además que en nada deslegitima la versión del testigo el hecho de que le hayan pagado a él las acreencias, al contrario refuerza su versión al punto que de manera espontánea manifestó que la liquidación se la pagaron a los ocho días de haberse retirado.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial¹; presunción legal *ius tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde la demandada deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*reus, in excipiendo, fit actor*", cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de **suficiente peso y solidez** para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral, por tanto, solo podrá desvirtuarse con medios de prueba que ofrezcan información sobre la realidad de la relación laboral, no solo sobre la forma.

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales y jurisprudenciales, considera la Sala que la demandada no logra derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues no trajo al diligenciamiento ninguna probatura, quedándose solo con el dicho de la representante legal en el interrogatorio de parte, y de la cual edifica la defensa y el sustento del recurso de apelación, pues indica que aquella manifestó la inexistencia de la relación laboral entre las partes; sin embargo, sobre esta prueba, acota la Sala que a dicha afirmación no se le puede restar su eficacia probatoria por el hecho de que las mismas fueron vertidas en el interrogatorio de parte, dado que, aunque esta Corporación insistentemente ha señalado que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas, para sacar provecho o beneficiarse de ella, máxime cuando es evidente que de su dicho no puede extraerse una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que produzcan consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, en términos del artículo 195 del C.G.P., no obstante, también ha dicho que se deben apreciar como simples declaraciones de parte, que deben ser respaldadas con otros medios de prueba, lo que no acontece en el sub lite, dado que solo se tiene su dicho sin ningún medio de convicción adicional que permita corroborar que la versión allí rendida tiene algún sustento, máxime si teniendo la oportunidad procesal de hacerlo no lo hizo, ya que solicitó la práctica de testimonios, pero finalmente desistió de los mismos.

Para mayor claridad respecto al interrogatorio de parte, el Código de Procedimiento Civil, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos de lograr exclusivamente su confesión, y por ello aquellas manifestaciones de las partes que no constituyan confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, sin embargo, con la vigencia del Código General del Proceso, se establece en la sección tercera lo relacionado con el régimen probatorio, y en su capítulo III la "*declaración de parte y la confesión*", es decir, dos medios de prueba autónomos, pues mientras lo desfavorable se toma como confesión, lo que no constituye confesión puede ser apreciado por el juez como una simple declaración, tal como lo previene el inciso final del artículo 191

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

del C.G.P, en la que a la letra reza: *"La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas"*.

La doctrina también ha estudiado este tema y ha evidenciado el cambio que incorporó el CGP a su código antecesor, en los siguientes términos: *"los modernos sistemas que adoptan la victoriosa oralidad, entre ellos el del CGP, al acrecentar la inmediación y la libre valoración de las pruebas, engrandecen el significado principal del contacto personal e inmediato del juez con las partes y prácticamente sin excepción reconocen el vigor y la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre"*. (Código General del Proceso- Aspectos probatorios – Ulises Canosa Suarez⁶).

En ese orden, como solo se escuchó el interrogatorio de la representante legal, sin ninguna otra prueba de cargo de la demandada, no puede ni de asomo tenerse en cuenta los dichos de la representante legal, y por ende, al no derruirse la presunción legal, fue acertada la decisión del a quo al respecto, lo que de contera conlleva a su confirmación.

4. Extremos temporales de la relación. Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, ya que ello fue objeto de disenso por la demandada.

En este aspecto, debe tenerse en cuenta que en la sentencia SL3126-2021 se dijo al respecto que: *"las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden. Así, aún con la activación judicial de la referida presunción legal y sin que la misma se desvirtúe, ello no releva que en el proceso se acrediten otros supuestos trascendentales para la prosperidad del reclamo, como los extremos temporales de la relación (...)"*.

En ese orden, con lo único que se cuenta es con el dicho del testigo Raúl Ernesto Sánchez, quien manifestó en relación con el extremo inicial que *"desde el año 2011 más o menos cuando el trabajaba en Carnes Nuevo Milenio"*, y frente al extremo final el a quo tuvo en cuenta el mes en que el testigo dejó de laborar para la encartada, esto es mayo de 2015, fecha que no es caprichosa, y que en todo caso refleja la versión del testigo frente a la prestación del servicio del demandante a favor de la demandada, ya que hasta ese mes estuvo vinculado el testigo con la entidad demandada y por ello las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se prestó la relación laboral del actor con la encartada solo le constan hasta esa calenda, además, ninguna otra probanza allega la demandada para establecer una fecha anterior, máxime si se tiene en cuenta que el disenso va dirigido es a atacar la prestación del servicio o la existencia del contrato de trabajo y no precisamente al extremo final de la relación laboral, aspecto que quedó ampliamente dilucidado en el acápite anterior.

Ahora, en relación con la definición de los extremos cuando no obra en el expediente prueba alguna que permita delimitar o aproximar los mismos, debe acudir al criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral vertido en la sentencia SL905-2013, reiterado en la SL1181-2018 y SL3126-2021, que menciona:

"En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo"

⁶ <http://jurisuniroario2012.blogspot.com.co/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>

laborado”.

Lo anterior conlleva a que en el sub examine, como solo se tiene la información del año en lo relativo al extremo inicial, lo correspondiente es declarar como hito inicial el 31 de diciembre de 2011; sin embargo, como el a quo declaró como extremo inicial el 01 de enero de 2012, y en el libelo genitor se pretende la existencia de la relación laboral desde el 1° de febrero de 2012, debía el a quo declarar como inicio de la relación laboral el 01 de febrero de 2012, ello teniendo en cuenta el principio de congruencia, pues así fue expresamente pretendido, y por ende, lo procedente es modificar la decisión en este aspecto, máxime si se tiene en cuenta que ni siquiera se hizo uso de las facultades ultra y extra petita por el a quo, es más ni siquiera en las pretensiones se solicita que se haga uso de tales facultades, razón adicional para modificar el extremo inicial de la relación laboral.

En cuanto al extremo final, razón le asiste al a quo, ya que en efecto el testigo mencionó que laboró con el actor como compañero de trabajo hasta mayo de 2015, sin indicar un día exacto, lo que lleva a estimar que por lo menos fueron compañeros de trabajo hasta el 01 de mayo de 2015, y así fue declarado por el a quo, lo que conlleva a su confirmación.

5. Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador. En lo relacionado con los aportes para pensión, si bien los mismos son imprescriptibles, su condena está sujeta a la declaratoria de relación laboral, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad”.

Conforme lo anterior, debe tenerse en cuenta que al confirmarse la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, de suyo es que debe confirmarse la condena impuesta respecto de los aportes pensionales, pues el recurso de alzada va dirigido a obtener la revocatoria de tal condena en la medida en que no se presentó la relación laboral pretense, relación laboral que como quedó explicitado sí se presentó con la encartada.

Colofón de lo dicho, queda de esta manera agotado el temario planteado por el apoderado recurrente, impartándose modificación a la sentencia de instancia solo en lo respectivo al extremo inicial de la relación laboral.

6. Costas. Sin costas en esta instancia por haberle prosperado parcialmente el recurso en lo tocante al extremo inicial de la relación laboral. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO y TERCERO** de la sentencia proferida el 15 de septiembre del 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, quedando de la siguiente manera:

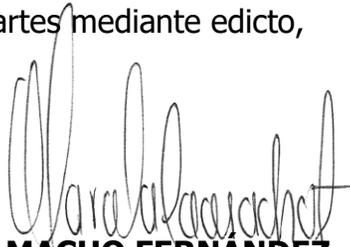
"PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante **RODRIGO YOPASÁ SÁNCHEZ** y la demandada **DISTRIBUIDORA DE CARNES NUEVO MILENIO E.U.** existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 01 de febrero de 2012 y finalizó el 1º de mayo de 2015 de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **DISTRIBUIDORA DE CARNES NUEVO MILENIO E.U.** en favor del demandante **RODRIGO YOPASÁ SÁNCHEZ** al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión a partir del 1 de febrero de 2012 y hasta el 1 de mayo de 2015, previo cálculo actuarial que deberá realizar el Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante con base en el salario mínimo para cada anualidad, de conformidad con la parte motiva de esta providencia".

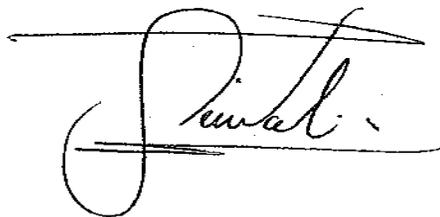
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JUAN PABLO BUENDÍA LOZADA
Demandada: AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 01-2020-00117-02
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juan Pablo Buendía Lozada instauró demanda ordinaria contra Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que se declare ineficaz las cláusulas contenidas tanto en el contrato de trabajo como en el otrosí o anexo, sobre la remuneración y auxilio de transporte de asesores comerciales, que condiciona el pago de comisiones siempre y cuando el vínculo laboral esté vigente y en ejecución. En consecuencia, se disponga a su favor el pago el pago de comisiones de los meses de mayo, junio y julio de 2018, así como las posteriores que se hayan causado, las cuales se deben tener en cuenta como factor salarial y, por tanto, se ordene reliquidar las cesantías y sus intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social e indemnización moratoria. De manera subsidiaria pidió la indexación de las sumas sobre las cuales no procede la indemnización moratoria y en todo caso solicitó los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido el 11 de abril de 2007, para desempeñar el cargo de Asesor Comercial, recibiendo como salario una remuneración variable donde la totalidad corresponde a comisiones de acuerdo con la gestión, coordinación, venta, afiliación, mantenimiento y traslados efectuados. Indicó que la relación laboral finalizó el 29 de abril de 2018, fecha en que de manera libre y voluntaria presentó carta de renuncia, recibiendo la liquidación final de prestaciones por valor de \$9.039.930 con los respectivos descuentos, la cual fue reliquidada por valor de \$13.495.974.

Precisó que elevó derecho de petición el 25 de septiembre de 2018 solicitando los detalles de las comisiones correspondientes a los meses de mayo, junio, julio y agosto del año 2018 y que al no recibir respuesta citó a audiencia de conciliación a la pasiva para el 20 de marzo de 2019 ante el Ministerio de Trabajo, fecha en la cual aquella manifestó que de acuerdo con los parámetros contractuales se generó el pago integral de las comisiones. Adujo que, aunque en el contrato de trabajo se estipula que el pago de comisiones lo sería hasta su vigencia, las que fueron recaudadas y generadas con posterioridad a la fecha de finalización se causaron en vigencia de la relación laboral y corresponden a

salarios debidos por la labor desempeñada. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00117, págs. 119 a 130).

2. Contestación de la demanda. En providencia del 30 de agosto de 2021, el A quo tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00117, págs. 136 y 137).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de septiembre de 2022, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que se verificó entre el 11 de abril de 2007 al 30 de abril de 2018, devengando un salario variable. En tal virtud, absolvió a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, estimó no controversial que entre las partes existió un vínculo laboral, extremos temporales, su modalidad de duración y salario variable. En consecuencia, señaló que debía proponerse verificar si al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de comisiones de los meses de mayo, junio y julio de 2018, causados en vigencia de la relación laboral y si hay lugar a reliquidar prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y pago de la indemnización moratoria.

Con tal propósito, hizo alusión a cada uno de los medios de convicción obrante en el plenario, así como a las sentencias SL-1005 de 2021 y SL41423 de 2013, para precisar que las comisiones se derivan de las ventas que hubiere realizado de manera directa y personalmente el actor, de manera que la AFP Porvenir S.A. nunca desconoció el derecho al recaudo de las mismas como consecuencia de las labores realizadas, en tanto que obra liquidación final de prestaciones sociales en la que se le tuvo en cuenta las comisiones causadas hasta el momento en que finalizó la relación laboral, de ahí que su empleador actuó en debida forma con su trabajador.

En esas condiciones, estimó que no hay lugar a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, más aún cuando el único testigo no afirmó que al actor se le hubiere adeudado comisiones y por el contrario evidenciaba que la demandada cancelaba comisiones causadas antes de finiquitar el laborío. (Expediente digital, Audio 11 11001310500120200011700-20220909_082957-Grabación de la reunión).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que de conformidad con la sentencia de rad. 37192 del 14 de agosto del 2012 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya se había decidido en un asunto de iguales contexturas al que hoy atañe el estudio, que *"las labores ya estaban realizadas por el asesor comercial o por el vendedor, como se dice en la sentencia y por tal motivo debía cancelarse esas comisiones"*. (Expediente digital, Audio 11 11001310500120200011700-20220909_082957-Grabación de la reunión).

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que reconoció la totalidad de comisiones causadas por el demandante hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo por renuncia voluntaria conforme a las condiciones pactadas por las partes en el contrato de trabajo, pues dichos pagos quedaron registrados tanto en la liquidación final de acreencias laborales, como en la reliquidación pagada el 21 de junio de 2018.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas

en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿Al actor se le adeudan comisiones por parte de su empleador, en caso positivo, a cuánto ascienden y tienen incidencia en la liquidación de prestaciones sociales?; luego de lo cual se estudiará la procedencia o no de las sanciones reclamadas, siempre que haya lugar al pago del reajuste deprecado.

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral entre el actor y AFP Porvenir S.A., sus extremos temporales, modalidad, duración y cargo. Tampoco se reprocharon las inferencias del A quo según las cuales el salario que se encontraba estipulado en la cláusula segunda del contrato de trabajo, así como sus anexos y otros sí pactados contando con plena eficacia, en tanto que fueron convenidas por las partes libremente, sin que se evidenciara la existencia de vicios del consentimiento y la afectación o desconocimiento del mínimo de derechos y garantías que consagra la legislación laboral a favor del trabajador. Tampoco fue un hecho controversial en la alzada que la remuneración salarial inicialmente estaba constituida por una parte fija y otra variable, integrada por una suma fija más comisiones por recaudo y cumplimiento de requisitos; que el 1º de abril de 2015 se celebró otrosí al contrato de trabajo, además, que se pactó con el empleador que a partir del 1º de mayo del mismo año, un anexo sobre remuneración y auxilio de transporte de asesores comerciales, en el que se fijó como ingreso salarial un salario variable y comisión mensual por recaudo, según las condiciones establecidas en el mismo acuerdo de voluntades.

Hechos que se repite no fueron reprochados por ninguna de las partes y además se corroboran, entre otros, con el contrato de trabajo a término indefinido, otrosí, anexo sobre remuneración y auxilio de transporte de asesores comerciales, carta de finalización del nexo laboral suscrita por el accionante el 30 de abril de 2018, liquidación y reliquidación final de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00117, págs. 15 a 23 y 166 a 173).

4. Comisiones. Como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, la censura cuestiona en rigor las apreciaciones de la A quo, según las cuales, la convocada a juicio no desconoció el derecho al recaudo de las comisiones causadas por el actor antes de la finalización de la relación laboral, como consecuencia de la efectividad en la prestación personal del servicio del trabajador en su recaudó; considerando, entonces el recurrente, que contrario a lo colegido, se desconoció lo apuntado en la sentencia de rad. 37192 del 14 de agosto del 2012 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que debieron ser canceladas las comisiones del mes de mayo, junio y julio de 2018 aún con posterioridad a la terminación del laborío, pues estas fueron causadas con ocasión de la prestación de su servicio personal a favor del empleador.

En función de verificar si la inferencia del juzgador fue equivocada, como lo dice el apelante, se impone reproducir el contenido de la cláusula suscrita por las partes y que se ve reflejada en el anexo sobre remuneración y auxilio de transporte de asesores comerciales, en la cual la encartada apoya la deducción de comisiones, así:

1.1. COMISIÓN MENSUAL POR RECAUDO: Se reconocerán mensualmente comisiones por recaudo de aportes de afiliaciones y/o traslados de trabajadores afiliados del Sistema de Prima Media con Prestación Definida, vinculaciones iniciales y traslados entre fondos al Fondo de Pensiones administrado por Porvenir, cuyo monto se establecerá conforme a lo acordado en el presente Anexo, según los siguientes parámetros los cuales permiten establecer el monto al cual ascienda la comisión causada a favor del TRABAJADOR(A).

1.1.1. Comisiones por recaudo del primer aporte: El EMPLEADOR pagará por una sola vez a EL TRABAJADOR(A) una comisión teniendo en cuenta el género, la edad de los afiliados, el ingreso base de cotización y tipo de vinculación, comisión que será equivalente a los porcentajes expresados en la Tabla I señalada en el numeral 1.1.3, sobre los recaudos correspondientes al primer mes de aporte de la afiliación o traslado, la cual además de tener en cuenta las variables propias de la afiliación al Sistema de Pensiones, tiene en cuenta para determinar su cuantía total el monto de la producción del mes en traslados de cesantías, y teniendo como condiciones de causación de la comisión las siguientes:

a) La labor personal y directa de EL TRABAJADOR(A) en la obtención de afiliados, traslados de otras administradoras de Fondos de Pensiones y Traslados de Régimen de afiliados al Sistema de Prima Media con Prestación Definida a este Fondo, dentro de la cartera que le sea asignada,

b) El NIT del empleador de la afiliación deberá coincidir con el NIT del empleador que efectúe el aporte correspondiente, salvo en los casos expresamente autorizados por EL EMPLEADOR.

c) El recaudo efectivo de las afiliaciones o traslados debe operar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de afiliación, siempre y cuando el contrato de trabajo se encuentre vigente y en ejecución.

1.1.2. Comisiones por recaudo del segundo aporte y entrega del KIT de bienvenida: El EMPLEADOR pagará por una sola vez a EL TRABAJADOR(A) una comisión teniendo en cuenta el género, la edad de los afiliados, el ingreso base de cotización y tipo de vinculación, comisión que será equivalente a los porcentajes expresados en la Tabla I indicada a continuación, sobre los recaudos correspondientes al segundo mes de aporte de la afiliación o traslado, la cual además de tener en cuenta las variables propias de la afiliación al Sistema de Pensiones tiene en cuenta para determinar su cuantía total el monto de la producción del mes en traslados de cesantías, y teniendo como condiciones de causación y pago de la comisión las siguientes:

a) La labor personal y directa de EL TRABAJADOR(A) en la obtención de afiliados, traslados de otras administradoras de Fondos de Pensiones y Traslados de Régimen de afiliados al Sistema de Prima Media con Prestación Definida a este Fondo, dentro de la cartera que le sea asignada,

b) El NIT del empleador de la afiliación deberá coincidir con el NIT del empleador que efectúe el aporte correspondiente, salvo en los casos expresamente autorizados por EL EMPLEADOR;

c) El recaudo efectivo de las afiliaciones o traslados debe operar dentro de los nueve (9) meses siguientes a la afiliación, siempre y cuando el contrato de trabajo este vigente y en ejecución;

d) Que el KIT de Bienvenida esté efectivamente entregado al afiliado dentro de los nueve (9) meses posteriores a la fecha de afiliación.

Como condiciones, quedó establecido, entre otras cosas:

g. Para la liquidación de las comisiones se tendrá como base, únicamente la "Planilla Integrada de Liquidación de Aportes" o el documento que haga sus veces, mientras EL TRABAJADOR(A) esté vinculado laboralmente con PORVENIR.

h. El pago de comisiones se realizará en el mes siguiente al del recaudo efectivo y acreditación de los aportes correspondientes al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir en las respectivas cuentas individuales de cada uno de los afiliados, en los términos señalados en la cláusula segunda, numeral 1, Parágrafo 2, del contrato de trabajo.

Un primer aspecto que destacar de las cláusulas anotadas es que las mismas se limitaron a disponer que las comisiones por recaudo del primer aporte, requería para su causación que la afiliación o traslado opere dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de afiliación; mientras que para las comisiones por recaudo del segundo aporte y entrega del KIT de bienvenida, que la afiliación o traslado opere dentro de los 9 meses siguientes a la afiliación, siempre que, en ambos casos, el contrato de trabajo se encuentre vigente y en ejecución.

Luego al revisar la naturaleza contractual de la cláusula de cara al detalle de la liquidación de comisiones de los meses de mayo, junio y julio de 2018 que allegó el actor, la Sala observa que en efecto no le fueron canceladas algunas de las comisiones con ocasión a que el recaudo efectivo de las afiliaciones o traslados no operó dentro de los 6 y 9 meses, tal y como fue pactado por las partes, lo cual ratifica, que la lectura que hizo el fallador de primer grado de la disposición contractual no fue desacertada, pues la intención que encierra la obligación, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es la de que la operación entre el afiliados y el fondo de pensiones y cesantías se dé entre los citados meses.

De suerte que, si la obligación para el fondo de pensiones y cesantías nace a partir del recaudo efectivo de las afiliaciones o traslado dentro de esos meses, su incumplimiento trae como consecuencia que el trabajador no tenga derecho a percibir las comisiones pretendidas.

Ahora, en punto a resolver la inconformidad planteada en el recurso de apelación respecto a la decisión primigenia de no acceder a los pedimentos esbozados en la demanda por el actor, debe precisar la Sala que acierta la censura al señalar que más allá de lo convenido,

las comisiones se causan por la efectiva prestación personal del servicio del trabajador al empleador y no porque se encuentre o no en vigencia la relación laboral, tal y como de tiempo atrás lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia de rad. 37192 del 14 de agosto de 2012, misma que rememoró la sentencia de rad. 2437 del 16 de junio de 1989, y de la cual se duele como no apreciada por el sentenciador de primer grado; no obstante, debe decirse que también la jurisprudencia ha advertido que la comisión se genera no solo por la gestión del trabajador, sino por la materialización del respectivo negocio jurídico (SL SL1005-2021).

En ese sentido, si el actor tramitó las afiliaciones y traslados de los clientes, con independencia o no de que haya finalizado el laborío, tenía derecho al reconocimiento de las comisiones, siempre que el recaudo efectivo de la afiliación o traslado haya operado dentro de los 6 o 9 meses siguientes a la fecha de afiliación, situación que en el presente asunto no encuentra su demostración, en tanto que no existe medio de persuasión tendiente a demostrar que en efecto la operación entre los afiliados haya surtido sus efectos dentro de los tiempos determinados, desatendiendo con ello el elemental principio del derecho probatorio que se resume en la regla de que corresponde probar a quien aduce el hecho.

Tal omisión probatoria que, por demás, en consideración de la Sala, corrobora que la decisión de no reconocer las comisiones reclamadas por el recurrente se contrae específicamente al incumplimiento de dicho presupuesto y no porque haya finiquitado la relación laboral entre las partes, como lo hace ver el recurrente, pues así se puede inferir del detalle liquidación comisiones en el que se evidencia que le fueron reconocidas algunas de ellas con posterioridad a la renuncia de su cargo, al punto que le fueron reliquidadas sus acreencias laborales, tomando para tal efecto esas comisiones causadas.

Por lo dicho, queda claro que el fallador de primer grado no cometió yerro alguno al negar el pago de las comisiones solicitadas en el escrito introductor, lo que lleva a confirmar su decisión, pues contrario a lo aseverado por el apelante, ningún desafuero incurrió.

5. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

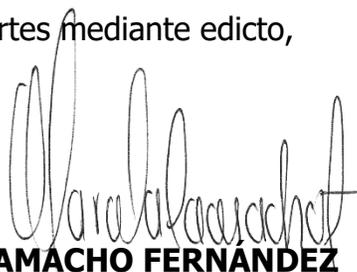
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

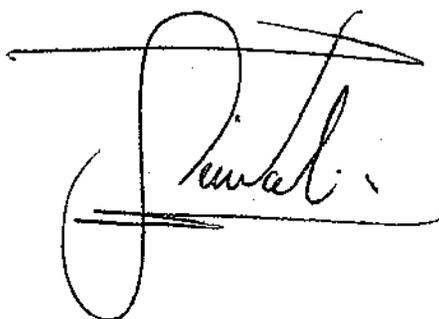
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

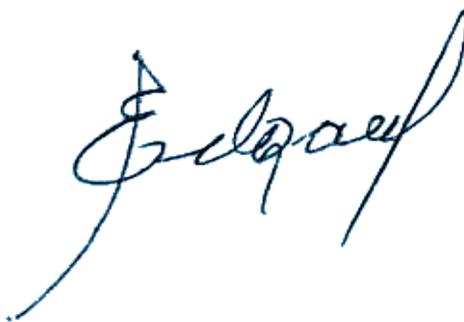
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINTEGRO
Demandante: NURY ALEXANDRA HERNÁNDEZ PIRAJÁN
Demandado: BOGOTÁ D.C. - CONCEJO DISTRITAL DE BOGOTÁ
Radicación: 34-2020-00113-01
Asunto: APELACIÓN – REINTEGRO – CARGOS DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

Se decide de plano el recurso de apelación propuesto por la parte demandante.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nury Alexandra Hernández Piraján, instauró demanda ordinaria contra Bogotá D.C. – Concejo de Bogotá, con el propósito de que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando al momento del despido o a uno de igual o superior categoría; al pago de salarios debidamente indexados con los aumentos legales y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que inició a laborar desde el 2 de agosto de 2010 al servicio del Concejo de Bogotá, ocupando el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, con grado salarial 02, posteriormente ocupó el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 425, grado salarial 08, con una última asignación salarial de \$1.787.734 mensuales. Refirió que el 6 de diciembre de 2019 participó en la Asamblea de Constitución de la organización sindical “SINTRAUNBOGOTA”, sindicato de primer grado y de industria, quedando cobijada con la garantía del fuero sindical por ser fundadora de la organización sindical. Indicó que el 06 de diciembre de 2019 se emitió y radicó comunicación al empleador Concejo de Bogotá, notificando el registro de la nueva organización sindical.

Sostuvo que el 26 de diciembre de 2019, el Concejo de Bogotá emitió la Resolución No. 0897, por la cual declaró la insubsistencia de unos servidores públicos de las unidades de apoyo normativo de los concejales de Bogotá, por finalización del periodo constitucional 2016 – 2019, despidiendo de manera injusta a 48 trabajadores, lista en la cual se encontraba incluida, cesando sus actividades laborales el 31 de diciembre de 2019. Agregó que el 16 de enero de 2020, ante la mesa directiva de su empleador radicó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución de insubsistencia, por cuanto el empleador no acudió ante ningún Juez Laboral en busca del permiso para despedir.

Manifiesta que adicionalmente es madre soltera cabeza de familia con una hija de 24 años que se encuentra adelantando estudios universitarios y depende económicamente de la demandante; que sus padres son adultos mayores de la tercera edad y también dependen absolutamente de los ingresos de la actora; que el 27 y 28 de noviembre de 2019 presentó ante el Concejo de Bogotá solicitud de reubicación laboral, pero no le ha sido respondida

(fols. 1 a 15 archivo No 02)

2. Contestación Concejo de Bogotá. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada argumentando que la naturaleza del cargo que desempeñó

el actor en el Concejo de Bogotá, era de libre nombramiento y remoción en la Unidad de Apoyo Normativo, siendo de aquellos que se garantizan porque la vinculación, permanencia y retiro del servicio público depende de la discrecionalidad del nominador, en este caso, del concejal postulante y de la mesa directiva de la Corporación. Precisó que su permanencia en el cargo se supeditaba al ejercicio del periodo constitucional del concejal electo, el cual expiró en diciembre de 2019, por ende, desapareció la citada unidad.

Indicó que, al no estar protegido por estabilidad laboral, era procedente su retiro por la causal invocada en Resolución 0897 del 26 de diciembre de 2019, esto es, la finalización del periodo constitucional del concejal que lo postuló y la desaparición de la Unidad de Apoyo Normativo. En su defensa propuso como excepción previa la de falta de agotamiento de reclamación administrativa y como de mérito las que denominó improcedencia de la calificación judicial de la causal de despido y presunción de legalidad del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, e improcedencia del reintegro al cargo que venía ocupando y pago de salarios ante la ausencia del despido. (Fol. 1 a 28 archivo No 10 y Archivo No 17 y 18)

3. Contestación SINTRAUNBOGOTÁ. En su respuesta coadyuva la postura de la parte demandante. (Fol. 1 a 13 archivo No 18 y Archivo audiencia No 17)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2022, en la que la falladora de instancia absolvió a la Alcaldía Mayor de Bogotá-Concejo de Bogotá de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instaurada por NURY ALEXANDRA HERNÁNDEZ PIRAJÁN, gravando en costas a la actora.

Para arribar a tal decisión, la juzgadora de primer grado en primer término señaló que no existe discusión en torno a la condición de trabajadora de la demandante a favor de la demandada, mediante una relación de libre nombramiento y remoción en la Unidad de Apoyo Normativo; tampoco sus extremos temporales, cargo y salario. En tal virtud, centró la discusión frente a que si era necesario que Bogotá D.C. - Concejo de Bogotá solicitará ante el Juez Laboral la calificación de la causal de terminación de la vinculación con la administración pública y, por ende, se otorgará el levantamiento del fuero sindical.

Con tal propósito, hizo un recuento de las pruebas recaudadas dentro de las presentes diligencias, para precisar en cuanto a la existencia de la organización sindical y del fuero sindical deprecado en la demanda, que el 10 diciembre de 2019, se emitió por parte del Ministerio del Trabajo constancia de registro de constitución de la organización sindical "SINTRAUNBOGOTA" y de la primera nómina de junta directiva y estatutos, siendo el sindicato de primer grado. En relación a la calidad de aforada de la actora refirió que en el proceso consta el acta de constitución del sindicato y la relación de los miembros fundadores en la que se encuentra la demandante, además que se comunicó al Concejo de Bogotá dicha situación el 10 de diciembre de 2012, de allí que quede demostrado que cuenta con garantía foral de conformidad con el artículo 406 del CST.

Seguidamente, tras verificar del acervo probatorio allegado sostuvo que la demandante ostentó la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción, sin embargo, refirió que el artículo 410 del C.S.T., no es aplicable para estos servidores, por cuanto estos pueden ser removidos por el poder discrecional de la administración dada la facultad de escoger a sus colaboradores, en la medida que por regla general ocupan cargos de dirección y confianza en la entidad. Aclaró que la vinculación al cargo de libre nombramiento y remoción, está supeditada al periodo constitucional del concejal y aunque no necesariamente debe terminar el nexo laboral en tanto que este puede ser

reelegido y continuar con su Unidad, empero hay una situación especial y es cuando no es reelegido, situación que da lugar a que su unidad de apoyo desaparezca.

Hizo referencia al criterio jurisprudencial emitido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral en casos de similares contornos, para significar la improcedencia de que el empleador deba solicitar el levantamiento del fuero sindical en tratándose de aforados sindicales que ostenten la calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, y en tal sentido, absolvió de las pretensiones incoadas en la demanda.

Igualmente, hizo alusión al fuero de estabilidad como madre cabeza de familia, pero declaró su improcedencia, dado que no se allegó prueba que dé cuenta de que ella era la que estaba única y exclusivamente a cargo de su hija, es decir, nada se dijo respecto del padre de su hija en relación con su sostenimiento, por lo que no es posible inferir o hacer suposiciones de que la demandante responde exclusivamente por su hija.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación las siguientes partes:

4.1 Demandante: Manifiesta que el despacho guardó silencio en toda la parte motiva en lo que corresponde a la prueba o dictamen juramentado donde se evidenció la clara discriminación que se hizo respecto del presidente del sindicato en relación con la demandante, pues a aquel sí se le garantizó el fuero sindical, a pesar de tener un cargo de libre nombramiento y remoción; que la juez solo se limitó a invocar sentencias sobre la improcedencia del fuero sindical de los empleados de libre nombramiento y remoción; que debe hacerse un análisis detenido de la situación particular de la actora, ya que se demuestra que al presidente del sindicato sí se le garantizó el fuero sindical; que si bien es cierto se hizo un análisis del tema de la estabilidad laboral, el despacho no acude a los nuevos conceptos de familia que ha expedido la Corte Constitucional, donde se puede extraer al caso particular que la demandante es la que aporta y provee las necesidades de sus padres; que excluyó el estudio de la estabilidad a los padres; que la Corte Constitucional prevé las acciones afirmativas de las mujeres y madres cabeza de familia; en síntesis, que se revoque la decisión de instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.2 Sindicato SINTRAUNBOGOTA: Manifestó que coadyuva el recurso de apelación que presentó el apoderado de la demandante; que el artículo 406 del CST, parágrafo 1º, establece que gozan de fuero sindical los servidores públicos; que la demandante en su condición de secretaria ejecutiva no desempeñaba cargo de dirección o mando, por lo que es necesario la autorización del levantamiento del fuero sindical; que goza de fuero sindical; que debe tenerse en cuenta el concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil No 001 de 2003, al que también debe hacerse el respectivo análisis, además que está sustentado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; que la demandante estaba amparada por el fuero sindical, y no habían transcurrido los dos meses para declararla insubsistente sin la necesidad de ir al juez laboral a pedir permiso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

2. Problema jurídico. Consiste en determinar: (i) ¿Es ajustada a derecho la negativa a ordenar el reintegro que determinó la a quo?, para lo cual se abordará sí (ii) ¿Para declarar la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción se requiere autorización previa del Juez del trabajo?

3. Existencia de la relación laboral, extremos y salario. Debe comenzar por señalarse que no fue materia de controversia lo atinente a la relación legal y reglamentaria que existió entre las partes, sus extremos temporales, cargo y salario, pues son supuestos fácticos que emergen con claridad de las documentales adosadas al plenario, entre otras, su última vinculación mediante la Resolución 0402 del 21 de agosto de 2018, en la cual la actora fue nombrada en cargo de Secretaria Ejecutiva Código 425, Grado Salarial 08, con una asignación básica mensual de \$2.430.663, para desempeñar sus funciones en la Unidad de Apoyo Normativo del Concejal Javier Santiesteban Millán, posesionándose el 21 de agosto de 2018, con carácter de libre nombramiento y remoción (fols. 20 y 23); Resolución 08797 del 26 de diciembre de 2019, por la cual se declaró insubsistente a la demandante, así como a otros servidores públicos de las Unidades de Apoyo Normativo, por finalización del periodo constitucional (fols. 1 a 8 expediente administrativo); situaciones fácticas que no sobra precisar fueron aceptadas expresamente en la contestación de la demanda.

4. Existencia del Sindicato y su afiliación. La existencia de la organización sindical denominada **Sindicato de Trabajadores Unidos por Bogotá – SINTRAUNBOGOTÁ**, de primer grado e industria o rama de actividad económica, fue acreditada con la certificación expedida por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de Trabajo (fols. 1 a 5 archivo No 30). Adicionalmente, se halla probada la afiliación de la demandante al citado sindicato, pues así se observa de la certificación expedida por el Tesorero del Sindicato y que obra a folio 08 archivo No 019 del plenario.

5. Fuero sindical. Debe precisarse que ninguna discusión ofreció el hecho de que la actora fue fundadora del sindicato SINTRAUNBOGOTÁ, tal como aparece en el Acta No 01 de constitución del sindicato de fecha 06 de diciembre de 2019 (Fol. 24 a 34 archivo No 01), cuyo registro ante el Ministerio del Trabajo data del 10 de diciembre de 2019 (Fol. 3 archivo No 31, tal y como consta en el certificado expedido por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de Trabajo el 28 de octubre de 2022; situación que le otorga a la accionante por encontrarse dentro del supuesto consagrado en el artículo 406, literal a) del C.S.T., la garantía foral prevista en el artículo 405 de la misma disposición sustantiva.

Toda vez que la accionante pretende el reintegro al cargo que venía ocupando al momento en que el Concejo de Bogotá mediante Resolución 0897 del 2019 lo declaró insubsistente por finalización del periodo constitucional, cumple decir que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Dicha protección foral se encuentra definida en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del CST, entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier

manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el Juez Laboral. En ese sentido, tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, debido a su gestión sindical, incluido el despido y desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012**: "...que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador **deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido**".

Bajo ese contexto jurisprudencial, como se dijo, no queda duda entonces que la demandante goza del beneficio que otorgan las disposiciones citadas por haber sido parte de las fundadoras del **Sindicato de Trabajadores Unidos por Bogotá – SINTRAUNBOGOTÁ**, además que la terminación del vínculo laboral está dentro del interregno de los dos (2) meses de que trata el literal a) del Artículo 406 del CST, y en esa medida, en principio no puede ser despedida, tampoco desmejorada en sus condiciones de trabajo, ni trasladada, sin justa causa previamente calificada por el juez de trabajo, por manera que en caso de no atenderse estos presupuestos, el juez laboral debe ordenar su reintegro y condenar al patrono a pagar a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido.

6. Fuero sindical de empleados de libre nombramiento y remoción. Como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, en este puntual aspecto radica la controversia, pues mientras la demandante reclama la garantía foral por su condición de fundadora del sindicato Sintraunbogotá, la entidad niega enfáticamente tal calidad aduciendo que, por tratarse de un servidor público de libre nombramiento y remoción, podía ser declarado insubsistente, tal y como lo hizo mediante acto administrativo núm. 0897 del 2019.

Planteadas, así las cosas, la Sala debe precisar que el artículo 411 del CST preceptúa cuando el empleador no requiere del aval judicial para la terminación del contrato de trabajo, así:

"La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso."

Así mismo, el artículo 406 de la misma norma, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, señala cuales son los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...)

*PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, **los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.***
(Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Lo primero que viene a propósito mencionar, es que esta Corporación acoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral en este tópico, relacionada con la procedencia o no de la acción de reintegro en un proceso de fuero sindical iniciado por quien ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, y fue declarado insubsistente, supuestos similares al asunto que aquí concita la atención de la Sala, como se observa en la sentencia del 19 de marzo de 2020 con radicado No. 59138, en la que expone:

"para esta Sala es claro que los servidores públicos gozan de fuero sindical, pero se eximen, aquellos que ejerzan cargos de dirección o administración, entre otros.

(...)

Por otro lado, señala el recurrente en su escrito tutelar, que fue vinculado a la Universidad accionada, en el cargo ya reconocido, a través de la modalidad de libre nombramiento y remoción, y así mismo, fue declarado insubsistente, a través de la resolución N°01123 del 16 de julio de 2018, pretendiendo a través del presente mecanismo constitucional, que se declare la nulidad de este acto.

Pues bien, no es posible acceder a lo pretendido en la presente acción relacionado con la nulidad del acto y, posterior reintegro al cargo que venía desempeñando, ya que ello implicaría coartar la capacidad discrecional que le asiste a los nominadores en los casos de empleados de libre nombramiento y remoción quienes, según lo señalado por la Corte Constitucional de vieja data, gozan de una estabilidad laboral restringida, en comparación con quienes ostentan derechos de carrera administrativa. Así lo señaló la Corporación en la sentencia CC. SU – 488/2011:

*La estabilidad 'entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo', es plena para los empleos de carrera pero **restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción**, 'pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de **cierta discrecionalidad** para decidir libremente sobre estos asuntos, **siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder**'"*

En otro asunto de similares contornos relativo al fuero sindical en tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, la misma Corporación en sentencia STL4825-2021, concluyó lo siguiente:

"De ahí que, hizo una valoración probatoria pormenorizada de fondo de cara a las normas y jurisprudencia en cuestión y, encontró que en el caso concreto al haberse demostrado que la accionante contaba con un cargo de libre nombramiento y remoción no resultaba necesario revisar las circunstancias o justas causas del despido expuestas en el artículo 410 del CST, para levantar el fuero sindical, por cuanto indicó que, la norma para determinar este asunto era el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que trata de las causas legales de retiro del servicio para quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, haciendo una diferenciación también en los cargos de provisionalidad y carrera, los cuales tienen un trato distinto.

En ese sentido, expuso que conforme a lo estudiado y citado de jurisprudencia era claro que, debía entenderse que, no era posible acoger las peticiones de la actora por cuanto

al cargo de libre nombramiento y remoción se estaría dando estabilidad permanente como si fuera de carrera administrativa, a un asociado sindical que sea nombrado en la junta directiva o el comité de quejas y reclamos, «mientras se mantenga allí, desnaturalizando igualmente la esencia de esa modalidad de empleo, que sirve para que la autoridad pueda vincular personas», apreciaciones que no pueden ser tildadas como irregulares pues se cimentaron, se itera, en los parámetros normativos en cuestión, teniendo en cuenta los medios materiales probatorios aportados”.

En el caso bajo examen, tenemos de presente que la señora Nury Alexandra Hernández Piraján fue incorporada a un cargo de libre nombramiento y remoción como Secretaria Ejecutiva, código 425, grado salarial 08, para el cabal funcionamiento de la Unidad de Apoyo del Concejal Javier Santiesteban Millán, nombrada mediante Resolución 0402 del 21 de agosto de 2018, acto administrativo que fue proferido por la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá D.C. Además, se precisa que a través de Resolución 0897 del 26 de diciembre de 2019, fue declarada insubsistente, decisión para la que, en aplicación del criterio jurisprudencial atrás vertido, no requería el empleador autorización del juez laboral, en tanto, ejerció la facultad discrecional otorgada por la ley para esta clase de cargos.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo 492 de 2012, modificatorio de los Acuerdos Distritales 28 y 29 de 2001, por medio de los cuales se regula la estructura organizacional del Concejo de Bogotá D.C., en el artículo 5° precisa que cada uno de los concejales tendrán dentro de la Corporación, bajo su dirección, una Unidad de Apoyo Normativo, la cual estará conformada por un máximo de 12 funcionarios de **libre nombramiento y remoción**. Señalando que la planta de personal de cada unidad será conformada por postulación que haga cada concejal ante la Mesa Directiva del Concejo, mesa que según el artículo 6° tendrá la función de nombrar y removerlos.

Por consiguiente, es preciso mencionar que dada la naturaleza de cargos de libre nombramiento y remoción en comparativa con los de carrera administrativa, sale a relucir que por ser cargos de entera confianza y cuyo retiro es discrecional del nominador, no requieren de previa autorización del Juez del trabajo para hacer efectiva la facultad dispuesta en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, máxime que la declaratoria de insubsistencia se materializa mediante acto administrativo que no exige motivación alguna. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-514 de 1994, adoctrino:

*"Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el **nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.***

*Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitio personae*”.*

En ese orden, si bien es cierto la garantía foral es predicable de los empleados públicos, y que el CST no regula expresamente ni cataloga a los empleos de libre nombramiento y remoción en su artículo 411, no por ello puede predicarse que en estos cargos deba el empleador solicitar autorización previa para declarar la insubsistencia, dado que ello equivaldría a asimilar el cargo de libre nombramiento y remoción a una vinculación por contrato a término indefinido o a los propios de carrera administrativa, desdibujando la esencia y naturaleza de esta clase de vinculación, en la que la estabilidad es restringida o precaria y, que por tanto su permanencia depende de un factor esencialmente subjetivo, pues de una parte implica la discrecionalidad del nominador, quien con base en consideraciones *intuitio personae* confía el desarrollo de labores públicas, y, de otra, ya que su retiro es igualmente discrecional, al depender de la confianza que el empleado inspira en su nominador; luego, al ser la confianza *"inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones"*, como las desarrolladas por la actor acorde a lo definido en el artículo 5° del Acuerdo 492 del 2012, mal podría socavarse tal facultad discrecional del nominador exigiéndose autorización para levantar el fuero sindical, máxime cuando la declaratoria de insubsistencia no corresponde a una justa causa en el sector público, sino a una facultad discrecional del nominador, que incluso no exige motivación, ello por ser esencial en los cargos de libre nombramiento y remoción el *"el intuitio personae"*. Lo anterior responde de paso la alzada del sindicato tendiente a que la judicatura le de aplicación y preponderancia a un concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil No 001, aspecto que es del todo equivocado, ya que sobre este puntual aspecto esta Sala se está al criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias atrás referenciadas y en todo caso, debe tener en cuenta el recurrente que los conceptos emitidos por autoridades públicas *"no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"* tal como lo consagra el artículo 28 del CPACA.

Ahora, no puede pasar por alto la Sala que aunque es cierto que la Corte Constitucional ha equiparado el fuero sindical a la estabilidad laboral reforzada de que gozan las madres y padres cabeza de familia, las mujeres en estado de embarazo y las personas en estado de discapacidad, lo cierto es que la protección del reintegro es procedente, siempre y cuando, como se expresa en la sentencia T-632 de 2016, *"tal despido se ocasiona con motivo de su condición"*, aspecto diametralmente diferente al que concita la atención en esta oportunidad por la Sala, pues nada de ello se discute en el proceso, siendo que el vínculo laboral feneció por insubsistencia en el cargo, el cual no es equiparable al despido; así mismo no se encuentra demostrado en el plenario que la terminación del vínculo laboral haya acaecido por su actividad o persecución sindical, pues siguiendo el criterio vigente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la sola desvinculación del trabajador aforado conforme a la ley, no implica *"violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas"* (Radicado No. 34142 de 2009).

Igualmente, en lo relacionado con el informe juramentado de la entidad demandada, acota la Sala que en nada cambia la decisión de instancia el hecho de que el Concejo de Bogotá haya iniciado proceso de levantamiento de fuero sindical en contra de José del Carmen Montaña Torres, quien fuera presidente de la organización sindical, pues ello de ninguna manera da lugar a prohijar que el Concejo de Bogotá este obligado a solicitar el levantamiento del fuero sindical de quienes ostenten la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción, ya que el criterio actual y vigente es que no se requiere

de tal trámite judicial, y así quedó explicado de manera amplia en líneas anteriores, criterio que por demás emana de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Aúnese a lo anterior que en lo que respecta al proceso de levantamiento de fuero sindical en contra de José del Carmen Montaña Torres, se presentó desistimiento, es decir, ninguna decisión judicial existe al respecto que avale o haya determinado la obligatoriedad de recurrir al juez laboral a solicitar el levantamiento del fuero sindical de quien ejerza un cargo de libre nombramiento y remoción.

Colofón de lo expuesto, se despacha de manera desfavorable la alzada en lo que respecta al fuero sindical.

6. Fuero de estabilidad laboral – madre cabeza de familia. La a quo procedió en el presente proceso especial de fuero sindical a realizar el estudio de la estabilidad laboral por ostentar la actora la calidad de madre cabeza de familia, declarando su improcedencia. Al respecto, desde ya considera la Sala que fue equivocada la decisión de instancia, ya que olvidó la cognoscente de instancia que se está frente a un proceso especial y sumario de fuero sindical, en la que en línea de principio no pueden definirse pretensiones que son propias de un proceso ordinario laboral, como puede ser en este caso el reintegro por estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de madre cabeza de familia, y aunque jurisprudencialmente se ha avalado que al resolver un fuero sindical el juez está habilitado para resolver una serie de cuestiones adicionales, como la existencia de la relación laboral, ello no significa que en el fuero sindical se pueda entrar a resolver pretensiones que por su naturaleza deben ventilarse a través de un proceso ordinario.

A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación No 28540 del 24 de abril de 2012, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, reiterada en la radicado No 32912 del 3 de julio 2013, y en la STL11257 de 2014, estableció que en procesos adelantados por reintegro por estar amparados por fuero sindical, el ejercicio del Juzgador no solo se limita a verificar el fuero sindical del demandante, sino que *"(...)el juez que resuelve un conflicto relativo a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero sindical, está habilitado para resolver una serie de cuestiones adicionales que se le proponen para efectos de determinar si al demandante le asiste el derecho a ser reintegrado. (...) Una decisión eminentemente procesal como lo hace el ad quem, deja al trabajador sin posibilidad de defensa, determina la prescripción de la acción de reintegro y deja el conflicto en el limbo, generando requisitos judiciales adicionales (proceso ordinario), no señalados en la ley"*.

Así las cosas, tal entendimiento resulta pertinente y aplicable al sub examine, pero no para avalar el que la juez se haya adentrado al estudio del reintegro bajo la egida de estar la actora amparada por una estabilidad laboral en condición de madre cabeza de familia, pues aquello nada tiene que ver con el proceso especial de fuero sindical, diferente sí cuando el juez debe desentrañar la existencia de la relación laboral, pues ello le permitiría determinar la existencia o no del fuero sindical de quien demanda.

Sirva lo anterior como un primer argumento para no adentrarse en el estudio propuesto de la alzada al respecto, ya que no es el proceso de fuero sindical la senda para debatir el reintegro bajo el supuesto de estar amparada con una estabilidad laboral reforzada, particularmente como madre cabeza de familia.

Otro de los argumentos que hacen inviable el estudio de la estabilidad laboral como madre cabeza de familia tiene que ver con que la juez de instancia no tuvo en cuenta que la actora ostentó la calidad de empleada pública como Secretaria Ejecutiva, código 425, grado salarial 08 en el Concejo de Bogotá, por lo que, de conformidad con lo establecido en el numeral 4) del artículo 104 del CPACA, la controversia suscitada en la presente Litis

relativa a la estabilidad laboral como madre cabeza de familia es de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues aquella se encarga de "*Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado (..)*".

Ahora, ciertamente la pretensión de reintegro por estar amparado por **fuero sindical** es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, de conformidad con el numeral 2° del artículo 2° del CPTSS que dispone que las "*acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral*". De esta manera, se atribuyó la competencia por razón de la materia (factor objetivo), pues de acuerdo a la naturaleza del asunto, esto es, el contenido de la pretensión dirigida a obtener protección por la existencia de la garantía de fuero sindical, resulta indiferente si el actor ostenta la calidad de empleado público o trabajador oficial.

Sin embargo, el panorama cambia cuando la juez debe revisar otra clase de temas que no guardan relación con el fuero sindical, como lo es la estabilidad como madre cabeza de familia, pues al ostentar la actora la calidad de **empleada pública**, a juicio de la Sala conlleva a que tal aspecto no pueda ser objeto de pronunciamiento por parte del juez laboral, sino que debe ventilarse la actora ante el juez administrativo en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Debe precisar la Sala que el reintegro por estar amparado con la supuesta garantía de **fuero sindical**, resulta diametralmente diferente al proceso de reintegro de un **empleado público** por la supuesta existencia de **fuero de estabilidad como madre cabeza de familia**, caso en el cual resulta preponderante la calidad del sujeto que concurre al proceso, inciso 1 del artículo 29 del CGP.

Así las cosas, en lo que respecta a las consideraciones realizadas por la a quo sobre el fuero de estabilidad como madre cabeza de familia y la apelación que al respecto se hizo por la demandante, no pueden ser objeto de pronunciamiento por esta judicatura, razón por la cual, ninguna disquisición se hará al respecto, lo que de contera conlleva a la confirmación de la sentencia absolutoria de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia.

7.Costas. Costas en esta instancia a cargo de Nury Alexandra Hernández Piraján y SINTRAUNBOGOTÁ por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

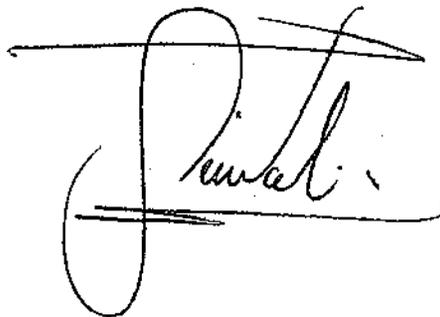
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre del 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandada Alcaldía Mayor de Bogotá- Concejo de Bogotá y a cargo de Nury Alexandra Hernández Piraján y SINTRAUNBOGOTÁ. Las de primera se confirman.

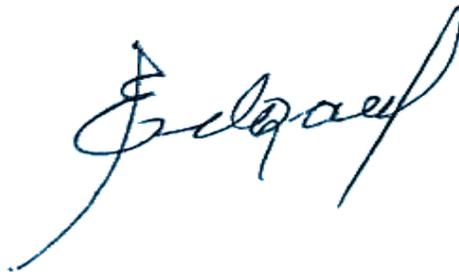
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

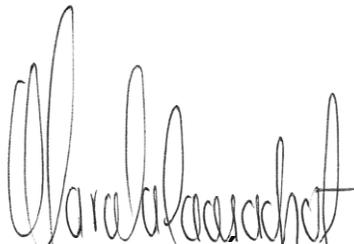


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas a cargo de Nury Alexandra Hernández Piraján y SINTRAUNBOGOTÁ, fijándose como agencias en derecho en favor de Alcaldía Mayor de Bogotá- Concejo de Bogotá, en la suma de $\frac{1}{4}$ de UN SMLMV, correspondiente a \$290.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BLANCA CECILIA RAMÍREZ ESPITIA
Demandada: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA
Radicado No.: 38-2021-00218-01
Tema: BENEFICIOS CONVENCIONALES– APELACIÓN- MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Cecilia Ramírez Espitia instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, con el propósito de que sea condenada a pagar prima extralegal de servicios causada en los años 2018 a 2020 y vacacional correspondiente a los periodos comprendidos entre agosto de 2017 y agosto de 2018, agosto de 2018 y agosto de 2019 y, agosto de 2019 y agosto de 2020, junto con el reajuste de cesantías, sus intereses y sanción prevista en la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria, intereses de mora, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que al interior de la Federación existe una organización sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Sintrafec, quienes han firmado diversas convenciones colectivas de trabajo que aún se mantienen vigentes y se aplican a todos los trabajadores. Explicó que inició a laborar a favor de la accionada mediante la celebración de un contrato de trabajo a término fijo a partir del 1º de septiembre de 2006, modalidad contractual que fue variada a través de nota del 6 de febrero de 2008 al de indefinido, mismo que finalizó el 31 de enero de 2021. Preciso que nunca estuvo afiliada a la organización sindical, sin embargo, es beneficiaria de los beneficios convencionales, además, que el salario básico mensual devengado para el 2018 correspondió a la suma de \$3.349.431, mientras que para el 2019 y 2020, lo fue de \$3.550.397 y 3.694.188 respectivamente. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaOrdinaria).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, esgrimiendo que canceló todos los conceptos a que tuvo derecho la demandante durante la vigencia de la relación laboral. Expuso que las partes suscribientes de las convenciones colectivas de trabajo, desde el año 1988, reconocieron la coexistencia de dos regímenes laborales dentro de la Federación, esto es, el de los miembros del sindicato suscribiente, del cual no era parte la señora Ramírez Espitia, y el de los demás trabajadores no beneficiarios de las mismas; lo anterior, con base en las cláusulas relativas al reajuste anual o incrementos salariales de las convenciones más recientes.

Precisó que, ante la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes, la Federación y la organización sindical aclararon cualquier duda que pudiera surgir de la interpretación de las convenciones colectivas de trabajo que se encontraban vigentes hasta antes de la suscripción del texto extralegal del 2 de febrero de 2021, en su artículo 43. Frente a los supuestos fácticos aceptó el enlistado en el numeral 17º, relacionado con que la demandante nunca estuvo afiliada a la organización sindical; respecto de los demás indicó no constarle o no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa de la demandante y genérica. (Expediente electrónico, PDF Contestación Blanca C Ramirez E vs FNC).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de septiembre de 2022, en la que el fallador declaró que las convenciones colectivas celebradas entre la Federación demandada y Sintrafec con anterioridad al 2 de febrero del año 2021 le son aplicables a la demandante y, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar a favor de ella y debidamente indexada la prima extralegal de servicios de los años 2018, 2019 y 2020 y prima extralegal de vacaciones de los periodos 11º, 12º y 13º. Por último, gravó en costas a la encartada.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que en el asunto no se hallaba en discusión la existencia del contrato, tampoco su carácter ni sus extremos, salario y la labor que ejecutó la actora. En tal virtud, respecto de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la Federación y Sintrafec, explicó que estas regulan los contratos de trabajo durante su vigencia y en ese sentido las partes se someten a lo convenido en ellas, de tal suerte que el texto extralegal del año 1965, en su artículo 40, frente al ámbito de su aplicación, estableció que sería aplicable a todos los trabajadores de la encartada y Almacafé y para efectos de las cuotas sindicales el empleador daría efecto a lo dispuesto en el artículo 400 del C.S.T.

Bajo ese horizonte, de entrada, advirtió que la convención colectiva de trabajo extendió sus beneficios a todos los trabajadores de la Federación, sin supeditarse a que estos estuvieran afiliados a la organización sindical, por lo que, si se trataba de un sindicato mayoritario, no se necesitaba inclusive una cláusula de esa naturaleza, pues por mandato del C.S.T., se hacían extensivas las prerrogativas convencionales inclusive a trabajadores no sindicalizados. Indicó que el no cobro o pago de cuotas sindicales tampoco hacía perder los beneficios laborales incluidos en ellas, amén de que es al empleador a quien le corresponde hacer esas deducciones a aquellos trabajadores que evidentemente se benefician de las mismas estén o no sindicalizados.

En lo atinente a la continuidad de su aplicabilidad arguyó que, en cada una de las convenciones colectivas de trabajo suscritas en los años 1974, 1976, 1980, 1984, laudo arbitral de 1986, 1988, 1992, 1994, 1996 y 1998, no se planteó una derogatoria de lo contemplado en el artículo 40 y, por el contrario, en términos generales se manifestó que las normas anteriores continuarán vigentes en lo que no hubiera sido derogado o sustituido por las convenciones. Bajo ese horizonte, sostuvo que el empleador se obliga aplicar los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la empresa, sin distinción alguna y aunque el empleador señala que a partir de 1988, la convención colectiva de trabajo no le aplica a la trabajadora, en tanto que la organización sindical dejó de ser mayoritaria y que en esta aparece una nueva cláusula reguladora de la retención de cuotas sindicales, consideró que tales circunstancias no tienen la virtualidad de restarle los efectos al ámbito de aplicación de las mismas a los trabajadores no sindicalizados.

Así las cosas, estimó que a la demandante le eran aplicables las convenciones colectivas suscritas por su empleador con Sintrafec en vigencia del contrato de trabajo y al menos

hasta antes de haberse suscrito el texto extralegal del 2 de febrero del año 2021, pues aunque en ésta última, en su artículo 43, se determinó que solo los trabajadores afiliados a la organización sindical con contrato laboral vigente le sería aplicable las convenciones colectivas de trabajo; empero, la actora no está reclamando beneficios convencionales de esta, para ser aplicada.

En lo que hace a la prima extralegal de servicios dijo que la misma se encuentra prevista en el artículo 29 de la convención colectiva de trabajo de 1974-1976, a la que tenía derecho la actora para los años 2018 a 2020, en cuantía equivalente a dos meses de salario en la forma allí prevista, por lo que procedía la condena en cuantía total de \$52.976.137. Atinente a la prima extralegal de vacaciones indicó que se halla regulada en el artículo 10 de la convención colectiva de trabajo de 1984 – 1986, la cual fue incrementada en laudo arbitral de 1986, por lo que realizadas las operaciones matemáticas de rigor ascienden a la suma total de \$14.831.622. Indicó que las mismas no se hallan prescritas, en tanto que fueron pedidas a partir del año 2018 por la parte actora, esto es, dentro de los tres años anteriores con el que contaba para instaurar la respectiva acción judicial. (Expediente electrónico, audio 16ActaFallo20220908)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandada** formuló recurso de apelación esgrimiendo que con posterioridad a la vigencia de la suscripción de la convención colectiva de trabajo 2020 - 2021, no tienen aplicación los beneficios de los anteriores textos extralegales de manera retroactiva, pero, además, la demandante no tiene derecho a la aplicación de estas convenciones, de cara a la fecha de iniciación de la relación laboral que se dio en el año 2006. Indicó que, en la convención colectiva de trabajo del año 1965, las partes acordaron que el campo de aplicación de esta lo sería para todos los trabajadores de la empresa; sin embargo, en las posteriores se señaló siempre que se trate de un sindicato mayoritario, aspecto que no se tiene probado, ya que la organización sindical a partir de 1988 se convirtió en minoritario.

Sostuvo que las partes expresamente incluyen una dualidad de regímenes salariales al interior de la Federación y para ello basta con revisar las diferentes normas o incrementos salariales contenidas en todas las cinco convenciones, pues en cada una de ellas las partes hace alusión al régimen salarial para los trabajadores afiliados a la organización sindical y los que no están, lo cual se debe interpretar en consonancia sobre la norma o descuentos de aportes del sindicato en relación con los trabajadores que se beneficiarán de la convención colectiva suscrita con un sindicato minoritario, pues la empresa no estaba en la obligación de hacer descuentos sobre este concepto a los mismos y por ello que solicitó a través de circular la autorización a cada uno de ellos.

Refirió que respecto de la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2020 – 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había sido en su mayoría clara que, en ausencia de pacto expreso entre las partes, siendo ellas a quienes le correspondía determinar el ámbito de aplicación, entraba suplir a las mismas y a interpretar lo que se deducía de las diferentes convenciones colectivas de trabajo vigente, razón por la cual en el citado texto extralegal, las partes decidieron aclarar cualquier duda que pudiera existir en torno a la aplicación de las convenciones colectivas vigentes con anterioridad a esta, disponiendo en su artículo 43 que las mismas son aplicables únicamente a los trabajadores sindicalizados y a aquellos que hayan manifestado adherirse al régimen extralegal, señalando, además, la inaplicabilidad retroactiva a trabajadores que no estuvieron afiliados o adheridos a la organización sindical, por lo que no hay lugar a la condena pretendida, ni a la declaración del A quo, según la cual le son aplicables las convenciones colectivas de trabajo anteriores a la vigente entre el 2020-2021.

Dijo que en caso de que se mantenga la citada decisión, se debe revisar la liquidación de las condenas, pues en lo que hace la prima extralegal de servicios, el término trienal se interrumpe en el mes de mayo del año 2021, por lo que cualquier obligación surgida con anterioridad a esa data, está plenamente prescrita; además, en cuanto su liquidación se tomaron para cada periodo dos salarios, lo que es contrario al texto extralegal, pues esta corresponde a dos salarios en el mes de junio y otro tanto en el mes de diciembre, dentro de los cuales se encuentre incluido la prima legal de servicios, lo que quiere decir que se pagan 1.5. salarios, en tanto que el 0.5 corresponde a esta última. En lo que refiere a la prima extralegal de vacaciones indicó que se omita hacer referencia al término trienal respectivo, el cual fue interrumpido en el mes de mayo de 2021, además, que la misma se causa por vacaciones disfrutadas y no por periodo laborado. Por último, refirió que disiente de la liquidación y monto de la condena en costas, teniendo en cuenta la complejidad de las actuaciones de las partes dentro del presente asunto. (Expediente electrónico, audio 16ActaFallo20220908)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que al interior de la Federación y desde 1988 existen por acuerdo entre las partes suscribientes de las convenciones colectivas aludidas en los hechos de la demanda, dos regímenes prestacionales, el de los miembros del sindicato suscribiente de la convención y el de los demás trabajadores no beneficiarios de la misma; de modo que y teniendo en cuenta la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes al respecto, sumados al hecho que, reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que era a las partes suscribientes a quienes correspondía determinar de manera definitiva el ámbito de aplicación del régimen convencional, con Sintrafec aclararon cualquier duda que pudiera surgir de la interpretación de las distintas convenciones colectivas de trabajo que se encontraban vigentes hasta antes de la suscripción de la Convención Colectiva de 2 de febrero de 2021, señalando en su artículo 43 que los textos extralegales no tendrían aplicación retroactiva a trabajadores que no estuvieran afiliados o adheridos a la organización sindical.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿Las cláusulas estipuladas a partir del 1º de julio de 1965 que acordaron extender su ámbito de aplicación a todos los trabajadores de la demandada, desaparecieron a partir de 1º de abril de 1988, cuando a propósito de haberse convertido Sintrafec en sindicato minoritario, en el texto de las nuevas convenciones no se reprodujo esa estipulación?; (ii) ¿Las cláusulas convencionales se encontraban vigentes a la fecha de terminación del contrato del promotor del juicio, en tanto que la Fundación y la organización sindical acordaron ante la suscripción de la convención colectiva de trabajo 2020 – 2021 que la misma solo aplica a trabajadores afiliados, sin que tenga aplicación retroactiva?; (iii) ¿El A quo se equivocó al liquidar las primas extralegales de servicios y vacaciones, toda vez que la mismas fueron afectadas por el fenómeno prescriptivo, además, no se ciñe a lo dispuesto en el texto convencional?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y modalidad, ni la labor de analista contable que desempeñaba al momento en que fue finalizado el nexo contractual; las citadas conclusiones se corroboran

al igual con el contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación del vínculo laboral y liquidación definitiva de prestaciones sociales. (Expediente electrónico, carpeta PRUEBAS).

4. Convención colectiva de trabajo. La parte demandada centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que aunque los compendios colectivos suscritos entre demandada y su sindicato pactaron la aplicación de los mismos a todos sus trabajadores, lo cierto es que esta estipulación subsistió hasta el 31 de marzo de 1988, cuando la organización sindical pasó a convertirse en un sindicato minoritario, lo que afectó la extensión de los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados, en tanto que condujo a que la cláusula que los extendía desapareciera, en consecuencia, considera que a partir de su suscripción, los derechos y prestaciones de orden convencional solo se mantienen para los trabajadores sindicalizados o para quienes adhieran expresamente a tales beneficios, requisito que al no acreditar la actora conlleva a que se desestimen sus súplicas.

El Juzgador de primera en la adopción de su decisión de instancia, en el tema que se examina, limitó su análisis a precisar que los sujetos de la negociación colectiva acordaron aplicar esos compendios colectivos a todos los trabajadores de la Federación, independientemente que estuvieran afiliados o no al sindicato o que la organización sindical a partir de 1988 se haya convertido en minoritario o el empleador, siendo su obligación, no haya recaudo las cuotas sindicales de los trabajadores obligados a hacerlo.

Entonces, siendo de la esencia de la discusión determinar si a la demandante le era aplicable el acuerdo colectivo de trabajo, pese a que el sindicato celebrante de la convención a partir de abril de 1988 se convirtió en minoritario, es decir, no agrupaba más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, tampoco era sindicalizada, pues no se encontraba afiliada al sindicato celebrante del acuerdo y con posterioridad a su firma tampoco se afilió a la organización, imperativo resulta resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. Así, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449), el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores,

por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores.”

Ahora, debe decirse por la Sala que el artículo 470 del C.S.T. que regula lo atinente al campo de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, establece que:

"ARTÍCULO 470. CAMPO DE APLICACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 37o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Las convenciones colectivas entre {empleadores} y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato."

Luego ciñéndonos estrictamente al campo de aplicación de la convención colectiva que señaló el legislador, surgiría en principio como evidente que la situación de la actora durante el término en que sostuvo relación laboral con la demandada, no se ajusta a ninguno de los supuestos que contempló el citado presupuesto legal para acceder a las prerrogativas que consagran estos acuerdos cuando de sindicato minoritario se trata, pues no era miembro del sindicato celebrante, no se adhirió a ellas, ni ingresó posteriormente a la organización.

Empero, debe decirse por la Sala que de aceptarse que por fuera de los eventos señalados por la disposición legal ningún otro trabajador puede acceder a los beneficios convencionales cuando el sindicato firmante tiene la condición de minoritario, equivaldría a desconocer que las organizaciones sindicales pueden ampliar ese campo de aplicación, aumentando los destinatarios de la extensión convencional, pues debe precisar que en el marco de la libertad sindical y negociación colectiva aquellas pueden fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, buscando superar los mínimos que consagran las normas laborales, pues no tendría ningún objeto emprender una negociación para reproducir los mismos efectos legales.

En efecto, en el marco de la negociación sindical se ha dicho que las partes cuentan con la posibilidad de excluir o incluir a ciertos trabajadores de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, es decir, las organizaciones sindicales y las empresas, se encuentran dotadas de la suficiente libertad para suscribir el acuerdo convencional y determinar el campo de aplicación de las prerrogativas allí contempladas, como es el caso de excluir a los trabajadores que desempeñen un cargo y que se consideren cercanos a los intereses del empleador, como sucede con los trabajadores de dirección, confianza y manejo o

incluir a los trabajadores no afiliados al sindicato, con o sin ninguna condición. (SL805-2013, SL896-2018 y SL2489-2021)

Por consiguiente, si la convención colectiva es producto del consenso entre dos partes, que legitimadas se hallan para regular los derechos y las obligaciones de las partes de la relación, nada obsta para que autónomamente esos mínimos consagrados legalmente sean superados por los sujetos de la negociación colectiva, extendiendo las prerrogativas estipuladas a aquellos sujetos a quienes la ley no considera beneficiarios.

Bajo estos razonamientos y teniendo en cuenta que el argumento de la recurrente para sustraerse de la aplicación de la convención colectiva a la demandante se contrae a que la cláusula convencional que extendió los beneficios convencionales a todos sus trabajadores perdió vigencia el 31 de marzo de 1988, cuando el sindicato Sintrafec dejó de ser mayoritario para convertirse en minoritario o fue derogado por los sujetos de la negociación, debe señalarse que probado se encuentra que entre la Federación y Sintrafec suscribieron convención colectiva de trabajo con vigencia del 1 de julio de 1965 a 31 diciembre de 1966, en cuyo artículo 40 dispuso, en torno a la aplicación de la convención colectiva que:

"La presente Convención Colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de la SOCIEDAD ANÓNIMA ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. "ALMACAFÉ. Para efecto de las cuotas sindicales el PATRONO dará cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo. En lo que se refiere al Decreto No. 0018 de 1958, la retención de las cuotas correspondientes al personal no sindicalizado y que se beneficie de esta Convención, se hará al momento de efectuarse el pago de la Prima de Vacaciones y en una proporción del seis por ciento (6%) del salario del trabajador"

Para la Sala, esta disposición se encontraba en vigor durante la relación laboral que ató a la señora Ramírez Espitia y Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, ya que no ha sido derogada por ninguno de los posteriores acuerdos colectivos, tal y como se evidencia de las convenciones colectivas de 1974, en su cláusula 40; 1976, cláusula 31; 1978, cláusula 33; 1980, cláusula 28; 1982, cláusula 24; 1984, cláusula 157; Laudo arbitral del año 1987, numeral 1; 1988, cláusula 13; 1990, cláusula 15; 1992, cláusula 8; 1995, cláusula 7; 1996, cláusula 13; 1988, cláusula 11 (Expediente electrónico, PDF CONVENCIONES COLECTIVAS FNC).

Y aunque la demandada afirma que desapareció la cláusula transcrita por cuanto no aparece reproducida en la convención de 1988, nótese que allí se estipuló que quedarían vigentes **"las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hubieren sido derogadas, modificadas o sustituidas por esa convención colectiva"** y lo cierto es que las partes no aludieron expresamente a esa circunstancia en la nueva convención. Ese silencio es demostrativo que la pérdida de vigor de la cláusula 40 convencional no fue un hecho discutido por las partes de la negociación como les correspondía, pues de lo contrario, así lo hubieran consignado de manera expresa en el nuevo texto, lo que evidencia que la intención era mantenerla sin modificación alguna, voluntad que se mantuvo en el tiempo.

Por lo expuesto, la censura no acierta cuando señala que los beneficios convencionales no aplican a todos los trabajadores de la Federación, pues como quedó visto, la aludida cláusula convencional no fue derogada por las partes suscribientes, ni perdió vigencia, por el contrario, sin duda alguna surge de aquel acuerdo de voluntades que las partes estipularon prerrogativas por encima de lo consagrado en la ley laboral, ampliando por voluntad propia el campo de aplicación de los textos extralegales, al no restringir su extensión exclusivamente a las hipótesis consagradas en el artículo 470 del C.S.T.

En esa misma dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar al aquí debatido, señaló en sentencia SL4613 – 2019, la cual reiteró las providencias de raditaciones 37478 de 2010 y 38463 de 2012, lo siguiente:

"De manera que, en realidad, tal estipulación, antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a «todos los trabajadores», como se dispuso en la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (f.º 138), disposición ésta que, como acertadamente lo consideró el Tribunal, continuó surtiendo plenos efectos con posterioridad al año 1988, lo cual se logra por disposición expresa de las partes sumergidas en cada uno de los conflictos colectivos suscritos en adelante."

De cara a dicho referente jurisprudencial, se concluye que las convenciones colectivas de trabajo celebradas entre Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y su sindicato de trabajadores Sintrafec se aplican a todos los trabajadores, de suerte que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de las primas extralegal de servicios y vacacional contenidas en los acuerdos convencionales, sin que tales beneficios pierdan legitimidad por el hecho de que el empleador no haya efectuado descuento alguno a la trabajadora por concepto de cuotas sindicales, pues dicha exigencia no se consagró en el texto extralegal como requisito o condición para tener acceso a las disposiciones de los diferentes instrumentos colectivos (SL4304-2022), tal y con acierto lo dedujo el cognoscente de primer grado.

Así mismo, debe precisarse que, aunque la encartada señala que tales beneficios también perdieron vigencia, en razón de que, a partir del 2 de febrero de 2021, entró a regir la convención suscrita para 2021-2026; sin embargo, "como también lo ha adoctrinado la jurisprudencia, en perspectiva del artículo 58 de la CN, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 31 en. 2007, rad. 31000, que «[...] los beneficios consagrados por una convención colectiva de trabajo constituyen derechos adquiridos siempre y cuando los trabajadores hayan reunido los requisitos exigidos para su causación»" (SL435-2022). Por consiguiente, si la trabajadora se beneficia de las convenciones colectivas de trabajo suscritas con anterioridad al 2 de febrero de 2021 y con base en dicha fuente extralegal tiene derecho al reconocimiento de las primas extralegal de servicios y vacacional, es claro que a pesar de que tanto el artículo 43 como el 44 de la convención 2021-2026, derogó las prerrogativas extralegales anteriores, surgió para aquella un derecho adquirido, por haber causado las prestaciones con anterioridad a dicha derogatoria (SL1437-2021).

Bajo lo dicho, concluye este Tribunal, que no le asiste la razón a la censura cuando reprocha al A quo la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo suscritas con anterioridad al 2 de febrero de 2021, pues los beneficios convencionales pese a que fueron derogados, constituyen derechos adquiridos a favor de la actora, de ahí que se siga mantener incólume en lo que hace este punto de apelación la sentencia de primer grado.

5. Excepción de prescripción. Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual le atribuye un dislate al juez primigenio por no haber declarado probada la excepción de prescripción de forma parcial a su favor, aduciendo que la actora tan solo vino a interrumpir el citado fenómeno exceptivo hasta mayo del año 2021.

Respecto de los reproches indicados, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que no le asiste razón a la censura, en la medida que tal como lo señaló el juez de primer grado, la excepción propuesta no debe declararse probada, ni siquiera de forma parcial, como pasa explicarse:

La Sala observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos

de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la accionada propuso dicha excepción en sus contestaciones de demanda y en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, **que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Es dable precisar que no aparece probado dentro del expediente que la gestora de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda, que lo fue el **4 de mayo de 2021**.

Así las cosas, como quiera que la prescripción fue interrumpida hasta el **4 de mayo de 2021**, es claro que la prima extralegal de servicios causada en los años 2018 a 2020 y vacacional correspondiente a los períodos onceavo, doceavo y treceavo, no se encuentran afectadas por dicho fenómeno extintivo, en tanto que a la fecha de su exigibilidad, esto es, a partir del mes de junio de 2018, para la primera de ellas, y septiembre del mismo año, para la segunda, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S, contados hasta la fecha de presentación de la demanda, tal y con acierto lo esbozó el fallador de primer grado, lo que impone a la Sala confirmar su intelección.

6. Prima de servicios extralegal. En la convención colectiva de trabajo 1974, que modificó la convención colectiva de trabajo de 1965, las partes acordaron en su cláusula 29 lo siguiente:

***“ARTÍCULO VIGÉSIMO – NOVENO. - PRIMAS SEMESTRALES-** El patrono pagará por concepto de prima de servicios, que incluye la legal y la extralegal, un sueldo en los quince primeros días de junio y dos sueldos antes del 15 de diciembre a todos los trabajadores que hubieren laborado todo el semestre anterior y proporcionalmente al tiempo de servicio. El salario base para liquidar en forma global esta prestación, es la asignación mensual del trabajador en el mes de mayo o en el mes de noviembre de cada año. Tienen derecho a esta prestación los trabajadores con contrato de tiempo indefinido. Los trabajadores con contrato por Obra Determinada y los Trabajadores con contrato a término fijo, gozaran de esta prestación siempre y cuando hayan laborado el semestre completo.”*

Así entonces, atendiendo a que no fue objeto de reproche el salario que halló probado el Juez de primer grado, se procede a liquidar el aludido crédito de la siguiente forma:

| Prima de servicios extralegal | | | | |
|---|------------|--------------|-----------------|---------------------|
| Mes - año | Exigible | Salario | Días liquidados | Valor prima |
| 1/1/2018 al 30/06/2018 | 16/06/2018 | \$ 3.349.431 | 180 | \$ 3.349.431 |
| 1/07/2018 al 31/12/2018 | 16/12/2018 | \$ 3.349.431 | 180 | \$ 6.698.862 |
| 1/1/2019 al 30/06/2019 | 16/06/2019 | \$ 3.550.397 | 180 | \$ 3.550.397 |
| 1/07/2019 al 31/12/2019 | 16/12/2019 | \$ 3.550.397 | 180 | \$ 7.100.794 |
| 1/1/2020 al 30/06/2020 | 16/06/2020 | \$ 3.694.188 | 180 | \$ 3.694.188 |
| 1/07/2020 al 31/12/2020 | 16/12/2020 | \$ 3.694.188 | 180 | \$ 7.388.376 |
| Total Prima de servicio extralegal | | | | \$31.782.048 |

Ahora, como en la cláusula convencional se señala que en la prima semestral extralegal se incluye la legal, se debe descontar de dicha liquidación la misma, pues no es dable

imponer doble condena por un mismo concepto. En esas condiciones, el monto adeudado por concepto de liquidación de prima de servicios extralegal corresponde a **\$21.188.032**:

| Prima de servicios extralegal | | | | | | |
|-------------------------------|------------|--------------|-----------------|---------------------|-----------------------|---------------------|
| Mes - año | Exigible | Salario | Días liquidados | Valor prima | Valor prima Legal (-) | Subtotal |
| 1/1/2018 al 30/06/2018 | 16/06/2018 | \$ 3.349.431 | 180 | \$ 3.349.431 | \$ 1.674.716 | \$ 1.674.716 |
| 1/07/2018 al 31/12/2018 | 16/12/2018 | \$ 3.349.431 | 180 | \$ 6.698.862 | \$ 1.674.716 | \$ 5.024.147 |
| 1/1/2019 al 30/06/2019 | 16/06/2019 | \$ 3.550.397 | 180 | \$ 3.550.397 | \$ 1.775.199 | \$ 1.775.199 |
| 1/07/2019 al 31/12/2019 | 16/12/2019 | \$ 3.550.397 | 180 | \$ 7.100.794 | \$ 1.775.199 | \$ 5.325.596 |
| 1/1/2020 al 30/06/2020 | 16/06/2020 | \$ 3.694.188 | 180 | \$ 3.694.188 | \$ 1.847.094 | \$ 1.847.094 |
| 1/07/2020 al 31/12/2020 | 16/12/2020 | \$ 3.694.188 | 180 | \$ 7.388.376 | \$ 1.847.094 | \$ 5.541.282 |
| Total | | | | \$31.782.048 | \$10.594.016 | \$21.188.032 |

En consecuencia, se modificará el literal "a", "b", "c", "d", "e" y "f", de la sentencia confutada, en el sentido de ordenar el pago de la suma **\$21.188.032**, por concepto de prima extralegal de servicios.

7. Prima extralegal de vacaciones. Se reclama la prima vacacional de los periodos 11°, 12° y 13°, esto es, las que se causaron en agosto de 2018, agosto de 2019 y agosto de 2020, prestación que encuentra fundamento en lo previsto en los artículos 27 y 10 de las convenciones colectivas de 1976 y 1984 y laudo arbitral de 1986.

En la primera de las citadas convenciones colectivas de trabajo (1976), se indica que:

CLAUSULA VIGESIMA SEPTIMA .- .ACIONES ANUALES REMUNERADAS.-

El día sábado no se computará como hábil para efecto de liquidar y reconocer las "Vacaciones Anuales Remuneradas".

En el segundo de los textos extralegales (1984) se dispone que:

ARTICULO 10o.- PRIMA DE VACACIONES.-

A partir de la firma de la presente Convención, la Prima de Vacaciones tendrá la siguientes Escala:

- Para el primer período el 50% de la remuneración integral mensual.
- Para el segundo período el 70% de la remuneración integral mensual.
- Para el tercer período el 95% de la remuneración integral mensual.
- Para el cuarto período el 115% de la remuneración integral mensual.

- Del quinto al décimo período el 130% de la remuneración integral mensual.
- Del decimoprimer al decimoquinto período el 135% de la remuneración integral mensual.
- Del decimosexto en adelante el 140% de la remuneración integral mensual.

La Prima de Vacaciones se podrá compensar en tiempo hasta por un período de un año.

Mientras que en el laudo arbitral de 1986 se dispuso que:

Artículo 10o.- Referente a prima de vacaciones, 3% de aumento para las tres primeras escalas de la Convención vigente y 5% de aumento para las restantes escalas de la Convención vigente.

Bajo este presupuesto extralegal y teniendo en cuenta que las partes del acuerdo convencional acordaron el pago extralegal de la prima de vacaciones, además, se reitera que dicho acuerdo se hace extensivo a la demandante, esta Sala, procede a realizar las operaciones matemáticas del caso, de la siguiente forma:

| Prima de Vacaciones Extralegal -inició el contrato el 1 de septiembre de 2006 | | | | |
|--|----------------------|--------------|----------------|---------------------------|
| Tiempo laborado tenido en cuenta | Periodo y porcentaje | Salario | Días laborados | Valor prima de vacaciones |
| 1/09/2017 AL 31/10/2018 | 12: 140% | \$ 3.349.431 | 360 | \$ 4.689.203 |
| 1/09/2018 AL 31/10/2019 | 13: 140% | \$ 3.550.397 | 360 | \$ 4.970.556 |
| 1/09/2019 AL 31/10/2020 | 14: 140% | \$ 3.694.188 | 360 | \$ 5.171.863 |
| Total prima de vacaciones | | | | \$ 14.831.622 |

En esas condiciones, el monto adeudado por concepto de liquidación de la prima extralegal de vacaciones corresponde a **\$14.831.622**, de ahí que el A quo no se equivocó al liquidar la misma, acotando, que se liquida con base en el periodo laborado, pues solo así se puede determinar el valor del beneficio convencional, más aún cuando debió la trabajadora dentro del mismo haber disfrutado vacaciones. En consecuencia, se mantendrá incólume los literales "g", "h" e "i" de la sentencia apelada.

8. Costas en primera instancia. Debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

9. Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas. Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierten mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

10. Costas en segunda instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y a favor de la parte actora, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en su integridad.

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

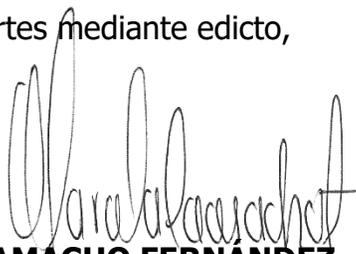
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los literales "a", "b", "c", "d", "e" y "f" del numeral 2° de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a reconocer y pagar por concepto de prima extralegal de servicios la suma total de **\$21.188.032**, conforme a lo motivado.

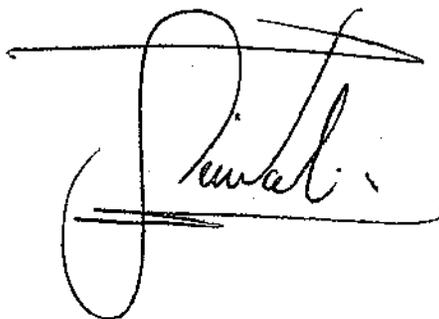
SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Las de primera, se confirman en cuanto a su condena.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **BLANCA CECILIA RAMÍREZ ESPITIA** y a cargo de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en la suma de \$2.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS JOSÉ LIS CORRALES
Demandada: FORTOX S.A.
Radicado No.: 35-2021-00557-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos José Lis Corrales instauró demanda ordinaria contra FORTOX S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 01 de septiembre del 2012 al 31 de diciembre de 2020, el cual término sin justa causa; que se declare que la bonificación por bilingüismo de \$500.000 constituye factor salarial. En consecuencia, se disponga a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa, la liquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, teniendo en cuenta la bonificación por Bilingüismo como factor salarial, las horas extras nocturnas, recargos nocturnos, recargos dominicales y/o festivos; la reliquidación de los aportes a pensión, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 01 de septiembre de 2012 celebró un contrato de trabajo con la demandada en la modalidad a término fijo a un año, para desempeñar el cargo de vigilante, con una asignación mensual de un salario mínimo legal mensual vigente; que el horario era por turnos de 12 horas, esto es, seis días en el día y seis días en la noche; que a la finalización de cada año se le terminaba el contrato de trabajo y nuevamente celebraba otro contrato de trabajo, manteniéndose dicha modalidad por ocho años; que el objeto del contrato, las funciones, el cargo, y el horario eran los mismos; que el 01 de diciembre de 2014 se adicionó la cláusula del contrato reconociéndose al demandante la suma de \$430.000 como auxilio de alimentación; que dicha suma de auxilio de alimentación en realidad correspondía a una bonificación por bilingüismo, toda vez que el demandante tenía que hacer traducción de documentos, por lo que constituye factor salarial; que tal bonificación se reconoció hasta diciembre de 2017; que el 31 de diciembre de 2020 le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa; que durante la vigencia de la relación laboral no le fue reconocida la bonificación por bilingüismo como factor salarial; que el promedio de horas extras diurnas y nocturnas trabajadas fueron de 50 mensuales; que durante la vigencia de la relación laboral siempre se liquidó un promedio de 28 horas extras diurnas y nocturnas mensuales; que durante la vigencia de la relación laboral nunca le liquidaron la totalidad de horas extras diurnas y nocturnas trabajadas; que el salario promedio era de \$2.500.000, sin embargo, el

salario cancelado fue de \$1.370.000. (fols. 1 a 14 archivo No 01 escrito demanda, y folios. 1 a 11 archivo No 06 reforma a la demanda).

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, aduciendo que entre las partes existieron siete contratos de trabajo a término fijo, todos distintos, interrumpidos y autónomos en su inicio, ejecución y modo de terminación; que el último contrato que va desde el 1 de enero de 2022 al 31 de enero de 2020 no fue finalizado por despido, sino por vencimiento del plazo pactado, con el respectivo preaviso comunicado al trabajador con un tiempo no menor a treinta días, por lo que, no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa; en lo que respecta al auxilio de alimentación, adujo que esos pagos no buscaron remunerar directamente el servicio y por tanto no tienen la connotación salarial pretendida; en lo relacionada con el trabajo suplementario dijo que todo recargo por trabajo suplementario, diurno o nocturno fue debidamente pagado, por lo que no adeuda ninguna prestación social reclamada con base en el trabajo suplementario. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica o innominada, cobro de lo no debido, y pago. (fols. 1 a 29 archivo 06 y fol. 1 a 29 archivo No 12).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de octubre de 2022, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 01 de septiembre de 2012 y de finalización 31 de enero de 2020. En consecuencia, condenó a la encartada a pagar la suma de \$6.249.063,44 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Para los fines que interesan al recurso, trajo a colación la sentencia SL2792-2022 para decir que la libertad de contratación no es absoluta, y menos puede servir como mecanismo para desconocer los derechos de los trabajadores, debiéndose examinar en el presente proceso sí existió unicidad del contrato de trabajo, ello con fundamento en que las interrupciones breves inferiores a un mes, son aparentes o meramente formales, tal como lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral entre otras la SL4816-2015.

Después de hacer referencia a los contratos suscritos entre las partes a término fijo, su duración, renovación y liquidación, concluyó que no hay duda que entre las partes se suscribieron sendos contratos de trabajo, inclusive anteriores a los señalados en el libelo introductorio, sin embargo, lo que interesa es la vigencia de los mismos, ya que siempre desempeñó las labores de vigilante con la misma asignación salarial que correspondía al mínimo, y que las interrupciones que se presentaron en cada uno de los contratos fueron inferiores a un mes, por lo tanto, como lo indica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en este evento no se presenta solución de continuidad y las pequeñas interrupciones se deben tener como aparentes o meramente formales, que en lo más mínimo desvirtúan la unidad contractual, máxime que la intención de la demandada era dar continuidad al vínculo laboral bajo la misma contratación. Así las cosas, de conformidad con la sentencia SL5595-2019 y SL2422-2021, declaró la existencia de un solo contrato a término indefinido vigente desde el 01 de septiembre de 2012 al 31 de enero de 2020, siendo el promedio de lo devengado en el último año la suma \$1.184.058.

Ahora, previo a la definición de las condenas en concreto, estudió la excepción de prescripción, aduciendo que la misma empieza a contar a partir del 31 de enero de 2020, fecha de terminación del contrato de trabajo, teniendo el demandante hasta el

30 de enero de 2023 para reclamar sus derechos, lo que en efecto ocurrió, ya que se presentó la demanda el 07 de diciembre de 2021, por lo tanto, dijo que estaba llamada a prosperar la excepción de prescripción frente a los derechos anteriores al 07 de diciembre de 2018, con excepción de las cesantías como quiera que se hacen exigibles a la finalización del contrato y los aportes a seguridad social que son imprescriptibles.

Así las cosas, en cuanto a la bonificación por bilingüismo, de acuerdo a lo confesado por la parte actora, se causó hasta el año 2017, por ende está afectada por el fenómeno prescriptivo, debiéndose absolver de tal pedimento.

Frente al trabajo suplementario, manifestó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral debe existir prueba definitiva y precisa, no siendo posible hacer cálculos y suposiciones. En ese sentido, de la prueba obrante en el proceso, se allegan unas minutas pero que a pesar de tener fecha de ingreso no tienen la fecha de salida, además no se puede tener certeza del trabajo suplementario y que lo allí relacionado fuera diferente al trabajo suplementario reconocido por el empleador, es decir, no hay soporte probatorio y no se puede establecer con certeza el trabajo suplementario; que de la prueba de los turnos no se puede extraer la causación del trabajo suplementario diferente al reconocido en cada una de las nóminas.

En cuanto a la indemnización moratoria, se absuelve en la medida en que no hubo reliquidación de prestaciones, esto es, no hay lugar a impartir condena por esta pretensión.

En lo tocante a la indemnización por despido sin justa causa, precisó que al demandante le corresponde probar el hecho del despido, lo que en efecto demuestra con el escrito de terminación del contrato del 07 de septiembre de 2020 en donde la demandada le comunica la terminación por vencimiento del plazo fijo pactado, pero como quiera que se declaró la unidad contractual a término indefinido, la terminación del empleador no tiene cabida y por tanto la terminación se torna en injusta, dando prosperidad a la pretensión, y correspondiéndole como indemnización el valor de \$6.249.063,44. (Folios. 1 y 3 archivo No 23 y audiencia virtual archivo No 22)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

4.1. Demandante. Formuló recurso de apelación argumentando que debe proceder la condena por reliquidación de prestaciones sociales toda vez que de conformidad con la documental y las planillas de turnos si se demostraron los horarios y el trabajo suplementario, el cual no fue reconocido por la demandada; igualmente que debe prosperar el reconocimiento de las bonificaciones de bilingüismo, ya que eran pagadas mensualmente y la demandada las tenía como factor no salarial; asimismo que se conceda que la terminación fue sin justa causa, ya que fue con ocasión a la reclamación que hizo en su momento de la manera como estaba siendo liquidado y la forma de su vinculación.

4.2. Demandada. En su alzada solicitó que se revoque la totalidad de la sentencia, ya que nunca ha actuado de mala fe, actuó en derecho, además que el contrato a término fijo es válido y legal; que quedó demostrado el por qué se celebra contratos a término fijo; que ningún derecho cierto e indiscutible quedó en deuda, bien sea en relación a su jornada, su sueldo y sus prestaciones; que se está cambiando la modalidad contractual condenándolo a una indemnización donde nunca hubo una

vacación de despido sino el cumplimiento irrestricto de la ley; que no puede condenársele por haber cumplido la ley; que se declare la existencia de los contratos a término fijo.

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que si bien existe la concepción jurisprudencial constitucional de la estabilidad en el empleo (y el de estabilidad laboral reforzada, bien sea por situaciones de salud, por maternidad, por expectativa pensional, entre otros), no es menos cierto que las partes también están en la libertad de poner fin a una relación contractual; o darle continuidad y en esa medida tiene validez legal y constitucional esta modalidad, mientras se cumplan la totalidad de las obligaciones consagradas en la legislación laboral y de seguridad social integral; no hay una norma entonces que obligue a renovar indefinidamente un contrato de plazo fijo pactado, ni a mutarlo o convertirlo a término indefinido, mucho menos a celebrar otro igual a continuación, pues la ley permite no solo tener distintas modalidades contractuales, sino la posibilidad de regularlas con determinados requisitos de validez como lo es el preaviso, so pena de prórroga automática del contrato, en los términos del art. 46 del C.S.T., modificado por art. 3 de la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

2. Problemas jurídicos: Corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** ¿Se presenta la continuidad de la relación laboral en un único contrato a término indefinido, desde el 01 de septiembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2020? O, por el contrario, ¿debido a las interrupciones presentadas entre la suscripción entre uno y otro contrato a término fijo, ha de concluirse que existieron siete (7) contratos a término fijo, independientes y autónomos? **(ii)** ¿El actor es acreedor al reconocimiento económico del trabajo suplementario, dominical y festivo? **(iii)** ¿El pago de "auxilio de alimentación" en realidad corresponde a "bonificación por bilingüismo" y constituye salario en los términos del artículo 127 del CST? **(iv)** ¿Le asiste derecho a la indemnización por despido sin justa causa?

3. Contrato de trabajo a término fijo - continuidad de la relación laboral cuando se presentan interrupciones. Ab initio acota la Sala que el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3 de la Ley 50 de 1990, dispone que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito; si su duración es de 1 a 3 años puede ser renovado indefinidamente; si antes de la finalización del plazo pactado, ninguna de las partes avisa a la otra con antelación no inferior a 30 días la intención de no prorrogar el contrato, éste se entiende renovado por un término igual al pactado inicialmente y así sucesivamente; sin embargo, tratándose de contratos a término fijo inferiores a un año, únicamente pueden prorrogarse por 3 períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales, el término de renovación no podrá ser inferior a un año y así sucesivamente.

Sobre esta modalidad contractual, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL15610, radicación No 48879 del 19 de octubre de 2016, pregonó que: *"esta Sala siempre se ha orientado a determinar que el contrato de trabajo a término fijo constituye una de esas modalidades legales de vinculación que no ha perdido legitimidad y puede ser utilizada libremente por las partes dentro de los precisos límites normativos, de modo*

que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado”.

Sobre la libertad de elección de las partes de entre todas las modalidades contractuales y sus implicaciones en contrataciones sucesivas con o sin interrupción, en sentencia SL4850-2016 radicación No 48538, en la que se trajo a colación la sentencia de radicación No 35902 del 01 de diciembre de 2009, la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, adoctrinó al respecto que: *“La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores, (...), como cuando las contrataciones sucesivas sin interrupción tienen por finalidad no conceder el tiempo de descanso efectivo por vacaciones, o se procura cambiar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido”.*

Así mismo en relación con las interrupciones entre uno y otro contrato, así como la solución de continuidad del vínculo laboral, ha adoctrina la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la SL6078 de 2016, propalada en la SL1166 de 2018, que:

“Ahora bien, si bien es cierto que esta Sala de la Corte ha sostenido que las interrupciones breves generadas por la suscripción de diferentes contratos, desvirtuados en la realidad, no debe desfigurar la continuidad en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 36897, CSJ SL8936-2015), lo cierto es que, en tales casos, la Sala se ha basado en cortes efímeros que, en todo caso, se desvirtúan con la realidad ofrecida por otros medios de prueba. En ese sentido, la Sala no ha dudado en darle alcance a las interrupciones serias y significativas como las demostradas en este caso (CSJ SL9112-2014, CSJ SL4816-2015, CSJ SL1148-2016).

En este caso, se repite, las interrupciones fueron amplias y relevantes, además de que no se pudo comprobar, con otros medios de prueba, que la intención real de las partes hubiera sido la de conservar la continuidad de la relación laboral”.

Con los anteriores basamentos legales y jurisprudencias, lo primero que se evidencia en el plenario, es la sucesión de diversos contratos de trabajo entre las partes, que, en línea de principio desde la óptica formal, llevarían a la Sala a darle la razón a la demandada, es decir, a considerar que entre las partes se celebraron siete (7) contratos a término fijo, autónomos e independientes cuya vigencia fue de un año, tal como se evidencia en la siguiente relación:

| # | Fecha inicial | Fecha de terminación | Fecha inicial solución de continuidad | Fecha final solución de continuidad | Total solución de continuidad | Folios. |
|---|---------------|----------------------|---------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------|--------------------------------|
| 1 | 01/09/2012 | 31/08/2014 | 01/09/2014 | 19/09/2014 | 19 días | 52 a 53 y 57 archivo No 6.1 |
| 2 | 20/09/2014 | 19/09/2015 | 20/09/2015 | 09/10/2015 | 20 días | 60 a 61 y 62 archivo No 6.1 |
| 3 | 10/10/2015 | 09/10/2016 | 10/10/2016 | 31/10/2016 | 21 días | 66 a 67 y 68 archivo No 6.1 |
| 4 | 01/11/2016 | 31/10/2017 | 01/11/2017 | 20/11/2017 | 20 días | 72 a 75 y 76 archivo No 6.1 |
| 5 | 21/11/2017 | 20/11/2018 | 21/11/2018 | 09/12/2018 | 19 días | 80 a 83 y 84 archivo No 6.1 |
| 6 | 10/12/2018 | 09/12/2019 | 10/12/2019 | 31/12/2019 | 21 días | 87 a 90 y 91 archivo No 6.1 |

| | | | | | | |
|---|------------|------------|--|--|--|--------------------------------|
| 7 | 01/01/2020 | 31/12/2020 | | | | 95 a 98 y 94 archivo No 6.1 |
|---|------------|------------|--|--|--|--------------------------------|

No obstante, a pesar de que en efecto se presentaron interrupciones de 19, 20 y 21 días, respectivamente, entre uno y otro contrato, lo cierto es que solo se trata de interrupciones aparentes y/o formales que a juicio de la Sala no tienen la virtud de generar la solución de continuidad del vínculo que ligó a las partes desde el 01 de septiembre de 2012, pues nótese que la intención de las partes muy a pesar de tales interrupciones, siempre fue mantener el vínculo con el demandante, pues no de otra manera se puede explicar que el cargo en todos los contratos suscritos haya sido el mismo, como vigilante, cumpliendo las mismas funciones, lo que lleva a inferir a la Sala que tales interrupciones se hicieron con la única finalidad de interrumpir la continuidad laboral y así poder celebrar nuevamente contrato a término fijo por un año, para evitar precisamente la unicidad contractual, conducta que de ninguna manera puede aceptar esta judicatura.

Ahora, la testigo Marisol Torres quien se desempeña como Directora de Talento Humano de la encartada, informó que los contratos se realizan a término fijo en la medida en que depende de la contratación que realicen con el cliente; sin embargo, al revisar los contratos de trabajo ninguno refiere que su vigencia dependa de la contratación que haga FORTOX S.A. con sus clientes, y si bien, fueron suscritas las cláusulas adicionales al contrato de trabajo donde se estipuló el salario y se asignó a algún cliente, ésta modificación se realizó en vigencia de la relación laboral, por ejemplo, hay una cláusula adicional del 19 de junio de 2018 (Fol. 86 archivo No 6.1), fecha para la cual venía ejecutándose el contrato que inició el 21 de noviembre de 2017, por lo que no logra contrastarse la versión de la testigo acerca de que la vigencia del contrato de trabajo estaba atada a la vigencia del contrato con los clientes.

Para reforzar lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL5595-2019, expuso lo siguiente frente a las interrupciones inferiores a un mes:

"Pues bien, sobre los extremos en que se extiende una relación laboral, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, la significativa y considerable solución de continuidad impide que pueda predicarse la unicidad contractual (CSJ SL4816-2015 y CSJ SL981-2019). Precisamente, en esta última providencia, la Sala señaló:

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015".

Así las cosas, dado que en el sub examine las interrupciones presentadas no generan la solución de continuidad del vínculo laboral, tenemos lo siguiente: a folio 52 a 53 del archivo No 6.1 del plenario el contrato individual de trabajo a término fijo por un año, que corre desde el 01 de septiembre de 2012 hasta el 31 de agosto de 2013, el cual, al no existir en el plenario comunicación o escrito de no prórroga 30 días antes del 31 de agosto de 2013, de conformidad con el numeral 1º del Artículo 46 del C.S.T., se renovó por un periodo igual al inicialmente pactado, esto es, por otro año, desde el 01

de septiembre de 2013 al 31 de agosto de 2014, y como quiera que como ya se dijo, la interrupción de 19 días, desde el 01 de septiembre de 2014 hasta 19 de septiembre de 2014, no genera la solución de continuidad, ha de entenderse que se prorrogó desde el 01 de septiembre de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015, y así sucesivamente hasta la última prórroga que va desde el 01 de septiembre de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021, ello en la medida en que 30 días antes del 01 de septiembre de 2020, no existe comunicación de no prorrogar el contrato.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el a quo consideró que al presentarse la unicidad del contrato, es decir, al no tener en cuenta las interrupciones por ser aparentes y formales, lo que existió fue un solo contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de septiembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2020, lo que lleva a la Sala a precisar dos aspectos, el primero, en relación con el extremo final, pues en la parte considerativa al relacionar los contratos a término fijo, determinó que la fecha de finalización del último contrato correspondía al 31 de diciembre de 2020, extremo que coincide con el pedido en la demanda por el actor; no obstante, de manera inexplicable en la parte resolutive declaró la relación laboral hasta el 31 de enero de 2020, pero se itera y se precisa que el extremo final es 31 de diciembre de 2020, y en segundo lugar, el hecho de que se haya declarado la unicidad del contrato, no cambia la modalidad contractual que ató a las partes, es decir, no modifica el contrato a término fijo que inicialmente suscribieron las partes, por lo que el contrato inicialmente suscrito se siguió prorrogando conforme lo establece el artículo 46 del CST, pero en modo alguno se convirtió a término indefinido.

En este punto, el a quo hizo suyos los argumentos de la sentencia SL5592-2019, en la que luego de hacer alusión a la unicidad contractual, concluyó que las interrupciones eran solo aparentes y que por tanto debía declararse la existencia de una sola relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido; no obstante, tal decisión no es similar a la estudiada por el juez primigenio, ya que en aquella oportunidad la Corte hizo referencia al principio de la realidad sobre las formalidades en lo tocante a la existencia de la relación laboral, debido a que el trabajador demandante venía vinculado con Cooperativas de Trabajo Asociado, y en ese sentido, lógico resulta que ante la no solución de continuidad en los diferentes contratos celebrados, se determine que lo que existió fue un contrato a término indefinido, más no como sucede en el sub examine, donde no puede desconocerse que el primer vínculo suscrito entre las partes fue a término fijo de un año, y ante la no solución de continuidad lo que procede es que el mismo se prorrogó conforme a lo establecido en el artículo 46 del CST, pero en modo alguno conlleva al cambio de modalidad contractual para convertirlo a término indefinido. En ese orden, al haberse equivocado el juzgador de primer grado, lo procedente es hacer el estudio de la pretensión relativa a la indemnización por despido sin justa causa, pero teniendo en cuenta que el contrato que vinculó a las partes, lo fue a término fijo, cuyo término se prorrogó sucesivamente.

4. Terminación del contrato de trabajo. La entidad demandada, alude a que el contrato finalizó por expiración del plazo fijo pactado, ya que comunicó al actor el 07 de septiembre de 2020 (fols. 94 archivo 6.1) que su contrato no se renovarían, y por ende, a partir del 31 de diciembre de 2020, finalizaría su vínculo laboral; sin embargo, como se dejó dicho en líneas anteriores, al no existir solución de continuidad con las interrupciones que tuvo el actor entre la firma de uno y otro contrato, ha de entenderse que si su última renovación va desde el 01 de septiembre de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021, la terminación del contrato efectuada a partir del 31 de diciembre de 2020, es decir, durante la vigencia de la última prórroga, constituye una terminación unilateral y sin justa causa, por no haberse efectuado dentro de los términos que establece el

artículo 46 del CST, y ello da lugar a la prosperidad de la indemnización de que trata el artículo 64 *ibídem*, que es del siguiente tenor: "En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días"

Ello así, una vez realizado el cálculo, teniendo en cuenta el salario de \$ 1.184.058 (fols. 100 archivo No 6.1), se tiene por este concepto el valor de **\$ 9.472.464**.

| | inicial | final | Meses | días |
|----------------|--------------|------------|-------|---------------------|
| periodo | 01/01/2021 | 31/08/2021 | 08 | 00 |
| ultimo salario | \$ 1.184.058 | | | |
| indemnización | | | | \$ 9.472.464 |

Ahora, debe tenerse en cuenta que el juez de primer grado condenó por este concepto el valor de \$6.249.063,44, suma inferior al que le arrojó a esta Sala, esto es, \$9.472.464; empero, como tal punto no fue objeto de disenso por la parte activa, no hay lugar a modificar la condena, ya que incluso la parte demandante manifestó en el recurso de alzada estar de acuerdo con las demás condenas, siendo la indemnización por despido la única condena impuesta a la demandada en la sentencia de primera instancia.

Así mismo resulta inocuo el estudio de la terminación del contrato por las razones que esgrime la parte activa en el recurso de apelación, esto es, porque fue con ocasión a la reclamación que hizo en su momento de la manera como estaba siendo liquidado y la forma de su vinculación, aspectos no están demostrados en el proceso, ya que ninguna probanza se endereza en ese sentido, además en gracia de discusión conducen a la misma consecuencia jurídica que se determinó en líneas anteriores, es decir, generan el pago de la indemnización por despido sin justa causa, misma a la que se accedió pero por otras razones. En ese sentido, el punto de disenso propuesto no tiene vocación de prosperidad.

5. Trabajo suplementario. El señor Carlos José Lis Corrales pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario, dominical y festivo que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que no se accedió en primera instancia, al no encontrarse demostrada, en tanto que aquel no allegó elemento de convicción que conlleve a su reconocimiento.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al actor probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, conclusión a la que se arriba, luego de examinar el haz probatorio que deja en evidencia la falta de esa prueba diáfana, precisa y clara de que trata la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fueron allegados como medio de convicción unas "minutas del puesto" (Fols. 61 a 121), aportados por el demandante, sin que pueda establecerse que tal documental provenga de la demandada, pues no se demostró que aquellos documentos hayan sido expedidos por ella, es más ni siquiera tienen su membrete, razón por la cual, no pueden tenerse en cuenta, además, nótese que en gracia de discusión dicha prueba no resulta ser diáfana, precisa y clara frente al trabajo suplementario, ya que allí se anotaban un gran número de asuntos que realizaba en la jornada laboral, pero no se tiene certeza ni se indica de manera organizada los días laborados, su hora de ingreso y salida, y en todo caso, dado que la entidad demandada allegó los desprendibles de pago (Fols. 101 a 136 archivo No 6.1), donde se encuentran reconocidas horas extras diurnas, nocturnas y festivas, resulta incierto colegir la falta de pago de los días reportados en las minutas, es decir, no se tiene certeza cuál es el trabajo suplementario que eventualmente faltaría sufragar en relación con las minutas allegadas, aspecto que conlleva a desestimar tal documental y por ende el recurso de alzada en este tópico.

Ahora, se hace referencia al cuadro de Excel allegado por la parte pasiva, rotulado como "21AnexoCertificadoPruebaTurnos", frente al que razón le asiste al a quo en sus consideraciones, pues si bien contiene casillas con el nombre del trabajador y fecha de turno; empero, no tiene referencias sobre la hora de entrada y salida del respectivo turno, lo que genera total incertidumbre del trabajo suplementario, y de contera no permite acreditar con exactitud su número, siendo que al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, y en ese orden, a

¹ "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas">

tal prueba no puede dársele la connotación de ser diáfana, precisa y clara como lo reclama el recurrente.

De suerte que al carecer este Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas pudo haber servido el demandante y en qué jornada, y cuáles dominicales y festivos prestó servicio, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior.

6. "Auxilio extralegal" como salario. Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *"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"*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, pueden ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"*(SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrecimientos del connoscente de instancia, con base en los siguientes razonamientos.

En primer término, el a quo se relevó del estudio de tal pretensión en la medida en que lo reclamado por el supuesto "auxilio de bilingüismo" fue hasta el año 2017, y como quiera que se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 07 de diciembre de 2018, ninguna disquisición habría que hacer al respecto; aspecto que en línea de principio es acertado, ya que por sustracción de materia la decisión devendría en absolutoria; no obstante, en la medida en que la parte actora reclama que tal concepto constituye factor prestacional y ello también tiene incidencia en la pretensión de reliquidación de aportes pensionales, los cuales son imprescriptibles, debía a juicio de la Sala definir de manera sustancial la controversia, esto es, determinar si tal auxilio es o no factor salarial, y luego sí determinar su prescripción (SL8675-2017).

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar avante tal pedimento, pues ninguna probanza emerge del plenario, que permita como lo menciona la Corte, hacer el ejercicio hermenéutico para determinar su naturaleza y finalidad, esto es, establecer si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante.

Esgrime la parte actora que el "auxilio de alimentación" en realidad era un "auxilio de Bilingüismo", pero ninguna probatura se refleja en orden a determinar que ello fue así, pues la documental contentiva de tal auxilio y que se encuentra en las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo (Fols. 65, 69, 70, 78, y 85, archivo No 06.1) hacen referencia al "auxilio de alimentación" no constitutivo de salario, lo que se encuentra a voces del artículo 128 del CST relacionado como "pago no constitutivo de salario". En ese sentido, si la parte actora pretendía desdibujar tal auxilio de alimentación con la afirmación de que realmente constituía un "auxilio de bilingüismo" dada la formación del actor y las funciones que aduce desempeñó, debía en virtud del artículo 167 del CGP, traer alguna probanza que refleje tal situación, bien sea documental o testimonial, pero nada de eso se encuentra en el proceso, ya que ningún testimonio se recabó en su favor.

Por otro lado, se debe recordar que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual, como lo alega la parte actora, sino que se requiere auscultar en que consistió y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera, circunstancias que bien pudo el apoderado judicial del demandante demostrar, entre otras, con la prueba testimonial, pero no fue pedido ningún testigo, razón por la cual, en lo tocante al auxilio reclamado como salarial ni siquiera se pudo **demostrar su origen**.

Ahora, del interrogatorio absuelto por la representante legal de la encartada no se desprende confesión alguna de que los auxilios reclamados fueran producto de la retribución directa del servicio o que constituyan "auxilios de bilingüismo" como se pretende en la alzada, al contrario, se mantuvo la deponente en lo expresado en la contestación de la demanda, esto es, que la empresa otorgaba algunos auxilios de alimentación por mera liberalidad sin incidencia salarial, y por ello, resultaba imperioso que la parte activa de una u otra manera hubiera traído al diligenciamiento algún medio suasorio para por lo menos determinar la naturaleza y origen de los dineros que percibió, pero nada de eso se puede dilucidar con lo aportado en el proceso.

Nótese que la postura defendida por la parte actora es que los conceptos recibidos constituyen salario en tanto fueron habituales y constantes, para lo cual, resulta ilustrativo lo expuesto en sentencia SL5159-2018 en la que la Corte hace referencia a la "habitualidad" o "proporcionalidad" en los siguientes términos:

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo".

De lo expuesto, fluye con total claridad que la **habitualidad en el pago de un emolumento solo es contingente y no definitorio**, y por ello, en el caso sub lite, encuentra la Sala que el solo hecho de ser habitual y corresponder a una suma fija no hace que los auxilios adquieran el carácter de salarial, máxime si en cuenta se tiene que solo se allegan los desprendibles de pago y las cláusulas adicionales al contrato donde se reflejan valores que incluso son variables, por lo que mal haría la Sala en asumir que tal auxilio tiene incidencia salarial y menos aún que no se trataba de auxilio de alimentación sino de bilingüismo, pues ninguna probanza sustenta la postura de la parte activa.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe modificarse la decisión de instancia en lo que respecta a la declaratoria del contrato de trabajo, confirmando en lo demás la sentencia objeto de apelación.

7. Costas. Sin costas en esta instancia, ya que ambas partes fueron recurrentes y no prosperaron sus recursos. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 05 de octubre del 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

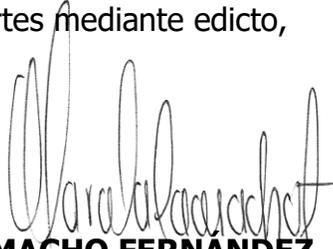
"PRIMERO: DECLARAR que el contrato que ligó a las partes fue un contrato a término fijo que se extendió desde el 01 de septiembre de 2012 hasta el 31

de diciembre de 2020, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia”.

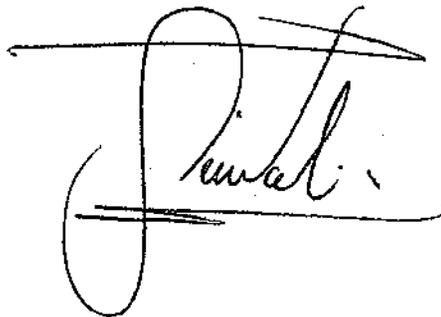
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ALFONSO CORTÉS GÓMEZ
Demandada: UGPP y COLPENSIONES
Radicación: 20-2020-00411-01
Tema: APELACIÓN y CONSULTA – PENSIÓN POR APORTES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alfonso Cortés Gómez, instauró demanda ordinaria contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP, con el propósito de que se reliquide la pensión de vejez teniendo como fecha de reconocimiento el 08 de octubre de 2013, se contabilice la prescripción desde la solicitud realizada el 08 de mayo de 2017, se conceda el retroactivo pensional, la mora en el pago de la pensión de vejez, la indexación, y se ordene a la UGPP girar el retroactivo pensional por el periodo del 01 de diciembre de 2016 hasta el 01 de junio de 2018 a favor de Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez mediante Resolución GNR372780 del 6 de diciembre de 2016, sin embargo, solicitó al demandante la revocatoria de tal acto administrativo al evidenciar que el competente para el reconocimiento era la UGPP, ya que tenía tiempos cotizados en el FONPED y CAJANAL; que COLPENSIONES realizó el giro de las mesadas pensionales desde el 01 de diciembre de 2016 hasta el 01 de junio de 2018, dejando el retroactivo en suspenso hasta tanto se evidenciara la novedad de retiro de la historia laboral; que el 08 de mayo de 2017 realizó solicitud de reconocimiento pensional ante la UGPP, entidad que mediante Resolución RDP030469 del 28 de julio de 2017 negó la prestación alegando que no contaba con la densidad de semanas; que mediante Resolución RDP-033570 del 29 de agosto de 2017, la UGPP resolvió el recurso de reposición, confirmando la negativa pensional; que el 30 de julio de 2018 solicitó nuevamente el reconocimiento pensional ante la UGPP, el cual fue reconocido mediante Resolución RDP048356 del 26 de diciembre de 2018, otorgando una mesada pensional de \$2.663.855 desde el 08 de octubre de 2013, aplicando la prescripción trienal sin tener en cuenta el radicado del 08 de mayo de 2017; que mediante Resolución No 002225 del 28 de enero de 2019 la UGPP modificó la Resolución RDP048356 del 26 de diciembre de 2018, sin autorización del pensionado; que el 14 de febrero de 2019 la UGPP le solicitó al demandante la certificación de no seguir cotizando al sistema, ante lo cual el actor radicó el 20 de febrero de 2019 la documentación requerida para que sea incluido en nómina, situación que se hizo efectiva a partir del 01 de abril de 2019; que mediante radicado No 2019500501424822 solicitó ante la UGPP la reliquidación

pensional, la cual fue negada a través de la resolución RDP034178 del 14 de noviembre de 2019; que ante la negativa de la UGPP, Colpensiones inició cobro coactivo del retroactivo girado erróneamente desde diciembre de 2016 a junio de 2018; que la UGPP para el año 2019 reconoció la pensión en una cuantía de \$3.413.505,18, siendo que para esa misma anualidad conforme al reconocimiento realizado por Colpensiones correspondía a \$3.784.919, generando una desmejora de \$371.413,82. (Expediente electrónico, PDF 01. Pag. 1 a 9)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 17); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestaciones.

3.1 UGPP.: Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que con la resolución RDP2225 de 2019 no se proyecta de nuevo la liquidación de la prestación, ya que el monto sigue siendo el mismo reconocido en la resolución RDP48356 de 2018, pero si se modifica lo relativo a la prescripción, reconociendo la prestación a partir del 08 de octubre de 2013 con efectos fiscales a partir del 01 de julio de 2017, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio; que las resoluciones expedidas por la UGPP se encuentran ajustadas a los preceptos legales; que frente al retroactivo en favor de Colpensiones, dicha pretensión no está en cabeza de ser solicitada por el demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 011. Pag. 1 a 14)

3.2 COLPENSIONES.: Al descorrer traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el sustento de que por error se vinculó a Colpensiones, ya que ninguna pretensión está dirigida en su contra, razón por la cual se presenta la falta de legitimación en la causa por pasiva. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 018. Pag. 1 a 19)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de octubre del 2022 en la que el fallador declaró que la UGPP debe reconocer y pagar la pensión de vejez por aportes al demandante a partir del 08 de octubre de 2013, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 08 de mayo de 2014; ordenó el pago del retroactivo a partir del 08 de mayo de 2014, junto con los reajustes de ley, debidamente indexadas; autorizó a la UGPP a compensar o descontar del retroactivo el valor pagado al demandante por parte de COLPENSIONES a través de la Resolución GNR372780 del 6 de diciembre de 2016, en cuantía de \$3.210.512, desde el 01 de diciembre de 2016 hasta el 30 de junio de 2018, valor que deberá ser indexado y transferido o pagado a Colpensiones; absolvió de las demás pretensiones y gravó en costas a la UGPP.

Para arribar a la decisión, se propuso verificar si le asiste al actor el derecho a la reliquidación de la pensión por aportes regulada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, con el correspondiente retroactivo, prescripción e indexación. Con dicho propósito indicó que no existe controversia que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aunado a que seguía conservando el mismo conforme a lo normado en el Acto Legislativo 001 de 2005, en tanto que contaba con más de 800 semanas para julio del 2005.

Esbozó que la UGPP mediante Resolución RDP048356 de 2018 reconoció la pensión de vejez con aplicación de la Ley 71 de 1988, la cual fue modificada a través de la resolución RDP2225 de 2019, en cuantía \$2.663.855, con efectos fiscales 01 de julio de 2017. Igualmente indicó que COLPENSIONES a través de resolución GNR372780 del 6 de diciembre de 2016 le reconoció la pensión al actor bajo los postulados de la ley 71 de 1988, en cuantía inicial de \$3.210.512, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2016; sin embargo, fue revocada a través de Resolución SUB184166 de 2018, debido a que se determinó que COLPENBSIONES no era la entidad competente sino la UGPP.

Para resolver, al estar por fuera de discusión el reconocimiento pensional, lo primero que hizo alusión fue a la fecha de disfrute de la pensión, y como quiera que el actor nació el 8 de octubre de 1953, la edad requerida la cumplió el 08 de octubre de 2013, pero es necesario su retiro en el sistema general de pensiones de conformidad con el artículo 13 y 35 Acuerdo 049 de 1990; no obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo relativo al retiro tácito, entre otras la de radicado No 35605 del 2009, con lo cual, la desafiliación no depende de que exista la novedad de retiro expresa, sino de las circunstancias particulares de cada caso, sin ser necesario reportar la letra "R".

Así las cosas, conforme al reporte de semanas cotizadas la última cotización se efectuó en diciembre de 2011, data en la cual, solo bastaba acreditar el mínimo de edad, por lo que, es dable concluir que la pensión tiene como fecha de disfrute 08 de octubre de 2013, pasando así al análisis de la prescripción.

Conforme los artículos 488 y 489 CST, en armonía con el 151 CPTSS, el término es de tres años a partir de la exigibilidad, siendo que en el caso concreto la exigibilidad es desde el 08 de octubre de 2013, y si bien en primer lugar solicitó la pensión ante Colpensiones el 31 de agosto de 2016, lo cierto es que, para efectos de la prescripción, se tuvo en cuenta la del 08 de mayo de 2017 ante la UGPP, entidad que debía asumir el pago de la prestación. Ahora, como la prestación le fue negada y se desataron los recursos de ley, poniendo fin al trámite administrativo mediante resolución RDP35518 del 2017, de allí inicia nuevamente a contar el término trienal y como la demanda fue radicada el 19 de noviembre de 2020, es decir, dentro del término, operó parcialmente el fenómeno de la prescripción de las mesadas causadas del 8 de mayo de 2014 hacia atrás, como lo acepta la parte demandante.

Así las cosas, como la UGPP en la resolución RDP2225 de 2019, hace referencia al monto pensional que otorgó COLPENSIONES en la suma de \$3.210.512, desde el 01 de diciembre de 2016, adujo que hay lugar a la prosperidad de las pretensiones del actor, ordenando a la UGPP a pagar el retroactivo desde el 8 de mayo de 2014 hasta abril de 2019, fecha en la que fue incluido el actor en la nómina de pensionados; ordenó que de dicho retroactivo se compense lo pagado por COLPENSIONES a través de la resolución GNR372780 de 2016, desde el 01 de abril de 2016 hasta 30 junio

de 2018, y una vez se compense se traslade dichos valores a COLPENSIONES, debidamente indexados. (Expediente electrónico, Audio 028. Audiencia art. 80 CPT Y SS)

5. Impugnación y límites del ad quem. La UGPP en la alzada esgrimió que se evidencia que el actor no tiene derecho a la reliquidación pensional ya que con resolución RDP48358 de 2018 se estableció la forma a liquidar la pensión, el IBL y la prescripción trienal, ello teniendo en cuenta el expediente allegado a la entidad, con lo cual la mesada fue de un valor de \$2.663.855 y se estableció que la fecha de efectividad fue el 08 de octubre de 2013 con efectos fiscales a partir de 01 de julio de 2017, previo demostración del retiro del servicio; que obran cotizaciones a COLPENSIONES y aquella entidad efectuó el reconocimiento de la pensión, por lo que, no se puede efectuar dobles pagos y no se podía por la UGPP realizar el reconocimiento del retroactivo pensional, debido a que ya se había efectuado el reconocimiento de mesadas por COLPENSIONES; que la UGPP estaba imposibilitada para efectuar el pago como lo requiere la parte actora; que respecto a la solicitud del año 2017, la entidad procede a negar la reliquidación y modificación de la fecha por efectos de la prescripción; que para el 08 de mayo de 2017, cuando se hizo la solicitud de la pensión, la misma ya había sido reconocida por COLPENSIONES, y al fin de evitar dobles pagos la entidad aplicó la fecha de disfrute a partir del 01 de julio de 2017; que los actos administrativos expedidos por la UGPP se ajustan a derecho.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que mediante Resolución 002225 del 28 de enero de 2019 la UGPP modificó la Resolución RDP 048356 del 26 de diciembre de 2018, es decir, los términos de reconocimiento de la pensión de vejez sin solicitar su revocatoria, vulnerando los derechos adquiridos del pensionado, toda vez que contra esta resolución no procedía ningún recurso, tal como lo expone su parte resolutive y la entidad no estaba facultada para modificar la resolución sin realizar la revocatoria de la misma y que esta fuera autorizada por el pensionado. Indicó que la entidad aplicó una prescripción trienal de manera errada ya que omitió que cada mesada se liquida de manera individual y que cada una se genera en un periodo fiscal distinto, siendo esto así, las únicas mesadas que han prescrito son las correspondientes a 2013.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, mediante el cual se condenó a la accionada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional; en vista de que las pretensiones y argumentos no están llamadas a prosperar por carecer de sustento factico y legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuestos por la parte demandada UGPP se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente y, se estudiará en consulta en favor de la UGPP en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** i) ¿Tiene derecho el demandante a que se le reconozca y pague la

reliquidación de la pensión reconocida bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, en caso positivo, a partir de qué fecha? ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

3. Régimen de Transición. De cara a los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, debe en primer lugar decirse que no es objeto de discusión que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera, que a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años, pues nació el 08 de octubre de 1953, tal y como da cuenta la fotocopia de su cédula allegada al cartapacio. (Expediente electrónico, PDF 019, pág. 617).

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, pues cuando entró a regir el AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005 contaba con más de 750 semanas, ya que para dicha fecha cuenta con un total de **7.090 días**, lo que es igual a **1.012,86 semanas** (Fol. 31 archivo No 01).

4. Pensión de jubilación—Ley 71 de 1988- Teniendo en cuenta que el promotor del proceso es beneficiario del régimen de transición, es claro que su pensión debe estudiarse a la luz del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, el cual exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo.

Al respecto, debe acotar la Sala que de ello no existe inconformidad, ya que lo pretendido es una reliquidación pensional, pues la pensión fue reconocida por la UGPP a través de Resolución RDP048356 del 26 de diciembre de 2018 (Fols. 30 a 35 archivo No 01), con base en la Ley 71 de 1988, con un IBL de \$3.551.806, una tasa de reemplazo del 75%, y un valor inicial de \$2.663.855, efectiva a partir del 08 de octubre de 2013 (fecha de cumplimiento de los 60 años de edad); sin embargo, quedó condicionada a que se presente la novedad de retiro.

Seguidamente, la UGPP expide la Resolución RDP002225 del 28 de enero de 2019 (Fols. 11 a 13 archivo No 01), en la que modifica la resolución RDP048356 del 26 de diciembre de 2018 y reconoce la pensión con efectos fiscales a partir del 01 de julio de 2017, manteniendo la cuantía de \$2.663.855 para el año 2013.

De otro lado, tenemos que COLPENSIONES mediante Resolución GNR372780 del 06 de diciembre de 2016 (Fols. 596 a 602 archivo No 19), reconoció la pensión de vejez a partir del 01 de diciembre de 2016 en cuantía inicial de \$3.210.512; sin embargo, tal resolución fue revocada a través de la Resolución SUB184166 del 10 de julio de 2018 (Fols. 183 a 190 archivo No 19), en la medida en que el competente para reconocer la prestación lo era la UGPP. Igualmente, expidió la Resolución SUB186910 del 13 de julio de 2018 (Fols. 200 a 210 archivo No 19), por medio de la cual ordena al señor Alfonso Cortes Gómez haga el reintegro de los valores pagados de más por concepto de pago de una pensión de vejez por el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2016 hasta junio de 2018, por valor de \$60.730.986.

Puestas así las cosas, lo primero que se debe definir es lo relativo al monto inicial de la pensión de vejez, ya que según la parte demandante el valor reconocido por la UGPP difiere en perjuicio frente al valor que reconoció COLPENSIONES, aspecto sobre la cual el a quo no hizo el estudio en debida forma, ya que se limitó a

establecer que la UGPP debía reconocer el valor de la mesada pensional que fijó COLPENSIONES, sin tener en cuenta los efectos de la revocatoria autorizada por el demandante frente a la Resolución GNR372780 del 06 de diciembre de 2016, por lo que al haberse revocado tal acto administrativo, el monto pensional allí establecido solo puede servir como referente, dado que al ser competente la UGPP para el reconocimiento pensional, tal entidad debía proceder a realizar el estudio de la pensión y fue así como procedió a expedir la Resolución RDP048356 del 26 de diciembre de 2018 (Fols. 30 a 35 archivo No 01), reconociendo una mesada pensional de \$2.663.855, efectiva a partir del 08 de octubre de 2013, lo que conllevaba para el juez primigenio realizar nuevamente la liquidación del IBL, ello con la finalidad de establecer si hay o no lugar a la reliquidación.

Como se dijo, el monto fijado por Colpensiones debe tenerse en cuenta solo como referencia, ello así, en la Resolución GNR372780 del 06 de diciembre de 2016, se fijó la mesada pensional por valor de \$3.210.512, a partir del 01 de diciembre de 2016, por lo que, tal valor debe deflactarse hasta el año 2013 para con ello establecer si tal valor corresponde o no al reconocido por la UGPP para esa anualidad. En ese orden, una vez deflactado el valor de \$3.210.512 desde el 2016 hasta el 2013, arroja una suma de \$2.845.570, valor que en contraste con la pensión reconocida por la UGPP sigue siendo superior, pues aquella reconoció como mesada inicial la suma de \$2.663.855.

5. Monto de la pensión. Respecto al monto de la pensión, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 - 1° de abril de 1994- al actor le hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho, su pensión debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos 10 años, no siendo posible liquidar con toda la vida laboral, pues aquel no alcanzó a cotizar más de 1250 semanas. (sentencia SL 3917-2020)

Así las cosas, la Sala procedió a realizar el cálculo del IBL de los últimos diez años con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Archivo No 19 expediente administrativo), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$3.685.024**, en los últimos 10 años, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75 % establecida en la ley 71 de 1988, arroja una mesada inicial de **\$2.763.768**, para el año 2013, suma inferior a la que reconoció Colpensiones al deflactar el monto reconocido hasta el año 2013, por valor de **\$2.845.570**, y a la vez superior a la que reconoció la UGPP por valor de **\$2.663.855**, lo que da lugar a tener como monto pensional inicial el que encontró esta Sala de Decisión, esto es, **\$2.763.768**, ya que si bien el monto pensional no fue objeto de reparo por la parte demandante a través del recurso de apelación, debe tenerse en cuenta que el a quo estableció el valor que reconoció inicialmente COLPENSIONES, y como quiera que la decisión se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, hay lugar realizar la modificación en el valor fijado por esta Corporación.

6. Causación y disfrute. Conforme a ello basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión por aportes, debemos acudir al contenido del art. 8 de la Ley 71 de 1988 que dispone que una vez reconocida *"se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión."*

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, el actor cumplió su estatus pensional o causación el 08 de octubre de 2013, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 71 de 1988; por lo que a partir de esa fecha será también su disfrute, ya que su última cotización se efectuó el 31 de diciembre de 2011, incluso en la historia laboral de cotizaciones se refleja la novedad "R" (Fol. 641 archivo No 19), aspecto que fue desconocido por la UGPP, quien de manera caprichosa exigió la novedad de retiro, cuando es evidente que dejó de cotizar en diciembre de 2011 y esperó hasta el 08 de octubre de 2013 para causar la pensión de vejez al cumplimiento de la edad, sin que se evidencie en ninguna documental cotización alguna después de diciembre de 2011.

7. Prescripción. En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que al haberse causado la pensión desde el 8 de octubre del 2013 es claro que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que el actor elevó reclamación ante la demandada UGPP **el 08 de mayo de 2017** (Fols. 16 archivo No 01), misma que le fue resuelta mediante Resolución RDP No. 030469 del 28 de julio de 2017 (Fols. 16 a 18 archivo No 16), acto administrativo notificado el 02 de agosto del mismo año (Fol. 19 archivo No 1), sobre el cual el 09 de agosto de 2017 presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto el de reposición a través de Resolución RDP033570 del 29 de agosto de 2017 (Fol. 20 a 22 archivo No 01) y el de apelación mediante Resolución RDP035518 del 14 de septiembre de 2017 (Fols. 24 a 24 archivo No 01), notificada el **02 de octubre de 2017** (Fol. 29 archivo No 01), por lo que es claro que, desde esta última data tenía tres (3) años para acudir a la jurisdicción, y como quiera que presentó la demanda el **19 de noviembre de 2020** (archivo No 01), esto es, por fuera del término trienal, habría lugar a estudiar la prescripción desde la presentación de la demanda contando tres años hacia atrás o revisar si existe otra solicitud pensional; no obstante, no puede pasarse por alto que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581, suspendió los términos judiciales del 16 de marzo de 2020, al 30 de junio de la misma anualidad, lo que implica que el término para acudir a la jurisdicción se extendió a favor del demandante por el lapso que duró la suspensión, esto es, por tres (3) meses y cinco (5) días, en ese orden el plazo para interponer la demanda se amplió hasta el **07 de enero de 2021**.

Lo anterior tiene estribo en lo establecido en la sentencia STL14158-2022, en la que estableció:

"De lo anterior resulta fácil concluir que asiste razón al accionante al endilgarle al Tribunal el incurrir en vía de hecho por defecto sustantivo, al inaplicar la artículo 1º del Decreto 564 de 2020, publicado en el Diario Oficial nº 51.286 de 15 de abril de 2020, en el que claramente se estableció la suspensión de términos de prescripción de cualquier norma sustancial -incluyendo el artículo 489 del CST- o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, los cuales se suspendían «desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales», los cuales como ya se mencionó se le levantaron a partir del 1 de julio de 2020".

En relación con la figura de la suspensión de la prescripción, es oportuno traer a colación lo establecido en la sentencia SC6575-2015, en la que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de manera doctrinaria explica lo siguiente:

"La suspensión de la prescripción implica un compás de espera y no determina que el tiempo transcurrido antes de su ocurrencia quede borrado, pues se tendrá en cuenta una vez cese aquella, para efectos de su consolidación (inciso 1º del artículo 2530 del Código Civil). Lo que no ocurre con la interrupción, pues una vez interrumpida o renunciada, comenzará a contarse nuevamente el término respectivo (último inciso del artículo 2536 del Código Civil)

La jurisprudencia y la doctrina han justificado la suspensión de la prescripción en la protección que por justicia debe brindarse a quienes no pueden hacer valer sus derechos. A este respecto, estimó la Corte, hace más de una centuria, que siendo esta figura "un beneficio que la ley concede a las personas en razón de su estado o condición, es por su naturaleza inherente a la persona misma y no puede extenderse en provecho de otra" (GJ XXII, n° 1095, pág. 37, sentencia del 19 de octubre de 1912)".

Bajo ese panorama, como quiera que, durante el lapso del 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020, estuvo suspendido el término de prescripción, el conteo se reanudaba a partir del 01 de julio de 2020, y en ese sentido, los tres años para acudir a la jurisdicción se extendieron hasta el 07 de enero de 2021.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que es el mismo Decreto 564 de 2020, que establece que "El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura", lo que permite colegir en su sentido literal (artículo 27 y 28 del Código Civil) que el término transcurrido entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020 no puede contabilizarse en perjuicio de la parte demandante, pues en aquel lapso se suspendieron los términos de prescripción no solo para interponer la acción, sino también para "ejercer derechos", esto es, adelantar los trámites de notificación.

Así las cosas, lo primero que colige la Sala es que los tres años que tenía la parte actora para interponer la demanda transcurren desde el 02 de octubre de 2017 hasta el 07 de enero de 2021, lapso en el cual se interpuso la demanda (19 de noviembre de 2020), por lo que estarían prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **08 de mayo de 2014**, tal como lo consideró el a quo, y por tal razón se confirmará este ítem, además de que así fue solicitado por la parte activa, sin presentar ningún reparo en la apelación.

8. Retroactivo pensional. Con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP, debe la Sala llamar la atención al despacho de primer grado para que en futuras oportunidades concrete el valor de las condenas, máxime cuando se trata de una reliquidación y retroactivo pensional, pues no está ajustado a derecho que haya dispuesto solo las fechas en que se otorgará el retroactivo.

En ese sentido, para efecto de realizar los cálculos, se deben precisar ciertos aspectos que no tuvo en cuenta el a quo, en primer lugar, ordenó el pagó del retroactivo desde el 08 de mayo de 2014 hasta abril de 2019, pero no se percató que si bien en abril de 2019 fue incluido en nómina de pensionados, en dicho mes se pagaron las mesadas comprendidas entre el 01 de julio de 2017 y el 30 de abril de 2019, que corresponden a **\$78.910.094,95**, y tal valor se encuentra en la certificación allegada por la UGPP y el FOPEP (archivo No 19) ante el requerimiento realizado por el juzgado, en la que se detallan los pagos efectuados al actor.

| | | | | | | | | | |
|--------|---|---|-----|-------------|---------------|--------------|---------------|------|------|
| 202007 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 202006 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 202005 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 202004 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 202003 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 202002 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 202001 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,543,218.38 | 446,500.00 | 3,096,718.38 | 0.00 | 0.00 |
| 201912 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201911 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 6,827,010.36 | 409,700.00 | 6,417,310.36 | 0.00 | 0.00 |
| 201910 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201909 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201908 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201907 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201906 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201905 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 3,413,505.18 | 409,700.00 | 3,003,805.18 | 0.00 | 0.00 |
| 201904 | 6 | 3 | 335 | 33500029116 | 78,910,094.95 | 8,691,200.00 | 70,218,894.95 | 0.00 | 0.00 |

SE EXPIDE LA PRESENTE CERTIFICACIÓN A SOLICITUD DEL INTERESADO (A).

FECHA DE IMPRESIÓN: 01 DE SEPTIEMBRE DE 2022.

Igualmente, no tuvo en cuenta la documental de folios 119 y 120 del expediente administrativo, archivo No 19, en la que es la misma apoderada quien manifiesta que al retroactivo que se le adeuda, se "debe descontar el cupón de pago por valor de SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CTVS (\$78.910.094,95)".

445

Lo suma de los años liquidados desde la fecha que adquirí el derecho pensional es de CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$ 169.472.615) que a este valor se le debe descontar el cupón de pago por valor de SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CTVS (\$78.910.094,95) quedando un saldo pendiente de cancelarme de NOVENTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS CON CINCO CTVS (\$90.562.520.05)

Que los valores correspondientes a las mesadas de diciembre de 2016 a mayo de 2018 deben girarse a favor de Colpensiones, por lo cual no las incluyo dentro de esta liquidación.

Agradezco pronta respuesta a la solicitud.

Cordialmente

 Néstor Guacá Pineda
 c.c. - 1.032.393.809
 TP. 228.192 del C.S de la Judicatura
 CARRERA 13 No 4-123 TORRE 1 APARTAMENTO 210 CAJICÁ CUNDINAMARCA
 E-MAIL: gipineda.nestor@gmail.com

Bajo el anterior panorama, teniendo en cuenta la excepción de prescripción se procede a realizar el cálculo de las mesadas causadas desde el 08 de mayo de 2014 hasta el 30 de junio de 2017, pues a partir del 01 de julio de 2017, se itera, ya fue incluido en nómina y le fue pagada la mesada pensional, pues no de otra manera la misma parte actora al elevar una solicitud ante la UGPP indica que debe descontarse. Una vez realizados los cálculos matemáticos por la Sala, se obtiene un valor de **\$123.644.937**, correspondiente a las mesadas causadas entre 04 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2017. Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de mayo de 2014, se reconoció de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

| RETROACTIVO PENSIONAL | | | | | | | |
|-----------------------|-------|------------------|--------------|--------------------|-----------|--------------------------------------|----------------------|
| Año | IPC | Valor reconocido | Valor real | Diferencia mensual | # mesadas | Retroactivo UGPP/inclusión en nomina | Retroactivo insoluto |
| 2013 | 1,94% | \$ 2.663.855 | \$ 2.763.768 | \$ 99.913 | | | \$ - |
| 2014 | 3,66% | \$ 2.715.534 | \$ 2.817.385 | \$ 101.851 | 9 | | \$ 25.356.466 |
| 2015 | 6,77% | \$ 2.814.922 | \$ 2.920.501 | \$ 105.579 | 13 | | \$ 37.966.518 |
| 2016 | 5,75% | \$ 3.005.493 | \$ 3.118.219 | \$ 112.727 | 13 | | \$ 40.536.851 |
| 2017 | 4,09% | \$ 3.178.308 | \$ 3.297.517 | \$ 119.209 | 6/7 | \$ 22.248.158,71 | \$ 19.785.102 |
| 2018 | 3,18% | \$ 3.308.301 | \$ 3.432.385 | \$ 124.084 | 13 | \$ 43.007.915,61 | |
| 2019 | 3,80% | \$ 3.413.505 | \$ 3.541.535 | \$ 128.030 | 4 | \$ 13.654.020,71 | |
| 2020 | 1,61% | \$ 3.543.218 | \$ 3.676.114 | \$ 132.895 | | | \$ - |

| | | | | | | |
|--------------|--------|--------------|--------------|------------|-------------------------|-----------------------|
| 2021 | 5,62% | \$ 3.600.264 | \$ 3.735.299 | \$ 135.035 | | \$ - |
| 2022 | 13,12% | \$ 3.802.599 | \$ 3.945.223 | \$ 142.624 | | \$ - |
| 2023 | | \$ 4.301.500 | \$ 4.462.836 | \$ 161.336 | | \$ - |
| TOTAL | | | | | \$ 78.910.095,03 | \$ 123.644.937 |

Ahora, como sin tener competencia COLPENSIONES mediante Resolución GNR372780 del 06 de diciembre de 2016 (Fols. 596 a 602 archivo No 19), reconoció la pensión de vejez a partir del 01 de diciembre de 2016 en cuantía inicial de \$3.210.512, decisión que fue revocada por así haberlo autorizado el demandante a través de la Resolución SUB184166 del 10 de julio de 2018 (Fols. 183 a 190 archivo No 19), lo que dio lugar a expedir la Resolución SUB186910 del 13 de julio de 2018 (Fols. 200 a 210 archivo No 19), por medio de la cual ordena al señor Alfonso Córtes Gómez haga el reintegro de los valores pagados de más por concepto de pago de una pensión de vejez por el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2016 hasta junio de 2018, por valor de \$60.730.986, es por lo que hay lugar a que del retroactivo pensional generado en esta instancia se deduzca tal suma de dinero, debidamente indexada, como lo ordenó el juez de instancia, a efecto de que se traslade a COLPENSIONES, pues en estricto rigor el actor es deudor del sistema general de pensiones; decisión que valga la pena decir, no fue objeto de censura por la parte activa.

9. Retroactivo diferencias pensionales. De otro lado, como quiera que existen diferencias a favor del actor al contrastar la mesada pensional determinada por esta Sala partir del 01 de julio de 2017 y la que venía reconociendo la UGPP, hay lugar a ordenar el retroactivo por diferencias pensionales, ello con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP, en tanto que la condena se debe extender hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia. Así entonces, al realizar los cálculos matemáticos se obtiene un valor de **\$9.610.481,07**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de julio de 2017 y el 31 de enero de 2023, y a partir del 1º de febrero de 2023 la UGPP deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$4.462.836, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, la cual se pagará por 13 mesadas pensionales, por haberse causado la prestación con posterioridad a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

| RETROACTIVO PENSIONAL | | | | | | |
|-----------------------|--------|------------------|--------------|--------------------|-----------|------------------------|
| Año | IPC | Valor reconocido | Valor real | Diferencia mensual | # mesadas | Retroactivo diferencia |
| 2013 | 1,94 % | \$ 2.663.855 | \$ 2.763.768 | \$ 99.913 | | |
| 2014 | 3,66 % | \$ 2.715.534 | \$ 2.817.385 | \$ 101.851 | 0 | |
| 2015 | 6,77 % | \$ 2.814.922 | \$ 2.920.501 | \$ 105.579 | 0 | |
| 2016 | 5,75 % | \$ 3.005.493 | \$ 3.118.219 | \$ 112.727 | 0 | |
| 2017 | 4,09 % | \$ 3.178.308 | \$ 3.297.517 | \$ 119.209 | 7 | \$ 834.459,94 |
| 2018 | 3,18 % | \$ 3.308.301 | \$ 3.432.385 | \$ 124.084 | 13 | \$ 1.613.094,51 |
| 2019 | 3,80 % | \$ 3.413.505 | \$ 3.541.535 | \$ 128.030 | 13 | \$ 1.664.390,91 |

| | | | | | | |
|-------------|------------|-----------------|-----------------|---------------|--------------|----------------------------|
| 2020 | 1,61 % | \$ 3.543.218 | \$ 3.676.114 | \$ 132.895 | 13 | \$ 1.727.637,77 |
| 2021 | 5,62 % | \$ 3.600.264 | \$ 3.735.299 | \$ 135.035 | 13 | \$ 1.755.452,74 |
| 2022 | 13,12 % | \$ 3.802.599 | \$ 3.945.223 | \$ 142.624 | 13 | \$ 1.854.109,18 |
| 2023 | | \$ 4.301.500 | \$ 4.462.836 | \$ 161.336 | 1 | \$ 161.336,02 |
| | | | | | TOTAL | \$ 9.610.481,07 |

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

10. Indexación. Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional, así como diferencias pensionales, debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional y diferencias pensionales, impartiendo confirmación de la sentencia en lo demás.

11. Costas. Sin costas en esta instancia, dada las resultados del proceso, además que se analizó en su integridad la decisión de instancia en favor de la UGPP. Las de primera instancia se confirman, pues la UGPP resultó ser la parte vencida en el proceso y ejerció férrea oposición a las pretensiones, por lo que las mismas son procedentes de conformidad con el artículo 365 del CGP, y por ende, el recurso de alzada en este aspecto no prospera.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y, por tanto, **CONDENAR** a la UGPP a pagar al señor ALFONSO CORTES GÓMEZ la suma de **\$123.644.937**, correspondiente al retroactivo de la pensión de vejez por aportes constituido por las mesadas causadas entre 04 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2017, suma que deberá cancelarse debidamente indexada, y sobre la cual procede la compensación o descuento ordenado en el numeral tercero de la presente sentencia.

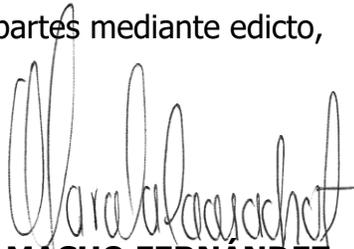
Parágrafo: CONDENAR a la UGPP a pagar al señor ALFONSO CORTES GÓMEZ, la suma de **\$9.610.481,07**, como retroactivo pensional por diferencias pensionales causadas desde el 01 de julio de 2017 y el 31 de enero de 2023. A partir del 1º de febrero de 2023, la UGPP, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de **\$\$4.462.836**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre. Autorizando a la UGPP a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

La UGPP deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".

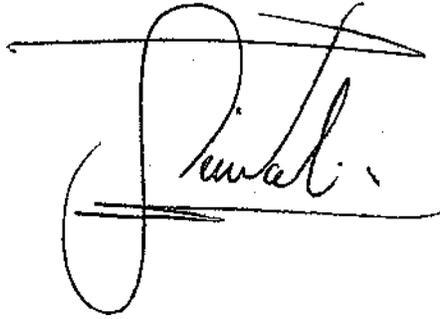
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

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

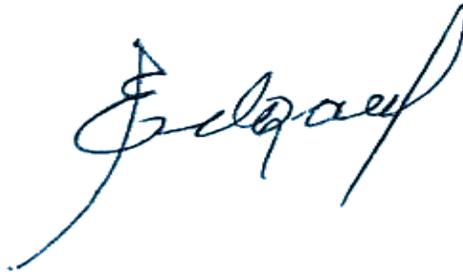
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

CALCULO IBL 10 AÑOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

| | | | |
|------------|-----------|------------|------|
| F. INICIAL | 1-ene-67 | TOTAL DIAS | 3600 |
| F. FINAL | 31-dic-23 | | |

| DESDE | HASTA | IBC O SALARIO | No. DIAS | SALARIO INDEXADO | PROMEDIO | AÑO FINAL | INDICE IPC FINAL | AÑO INICIAL | INDICE IPC INICIAL |
|----------|-----------|---------------|----------|------------------|-----------|-----------|------------------|-------------|--------------------|
| 1-ene-67 | 31-ene-67 | | | | | 2012 | 78,05 | 1966 | 0,09 |
| 1-abr-91 | 30-abr-91 | \$ 214.750 | 21 | \$ 2.180.532 | \$ 12.720 | 2012 | 78,05 | 1990 | 7,69 |
| 1-may-91 | 31-may-91 | \$ 214.750 | 30 | \$ 2.180.532 | \$ 18.171 | 2012 | 78,05 | 1990 | 7,69 |
| 1-jun-91 | 30-jun-91 | | | | | 2012 | 78,05 | 1990 | 7,69 |
| 1-jul-91 | 31-jul-91 | \$ 197.910 | 24 | \$ 2.009.542 | \$ 13.397 | 2012 | 78,05 | 1990 | 7,69 |
| 1-ago-91 | 31-ago-91 | \$ 197.910 | 31 | \$ 2.009.542 | \$ 17.304 | 2012 | 78,05 | 1990 | 7,69 |
| 1-sep-91 | 30-sep-91 | \$ 197.910 | 30 | \$ 2.009.542 | \$ 16.746 | 2012 | 78,05 | 1990 | 7,69 |
| 1-jun-93 | 30-jun-93 | \$ 500.000 | 30 | \$ 3.202.565 | \$ 26.688 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-jul-93 | 31-jul-93 | \$ 500.000 | 30 | \$ 3.202.565 | \$ 26.688 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-ago-93 | 31-ago-93 | \$ 500.000 | 30 | \$ 3.202.565 | \$ 26.688 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-sep-93 | 30-sep-93 | \$ 500.000 | 30 | \$ 3.202.565 | \$ 26.688 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-oct-93 | 31-oct-93 | \$ 500.000 | 30 | \$ 3.202.565 | \$ 26.688 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-nov-93 | 30-nov-93 | \$ 500.000 | 30 | \$ 3.202.565 | \$ 26.688 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-dic-93 | 31-dic-93 | \$ 787.000 | 30 | \$ 5.040.838 | \$ 42.007 | 2012 | 78,05 | 1992 | 12,19 |
| 1-ene-94 | 31-ene-94 | \$ 580.000 | 30 | \$ 3.031.998 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-feb-94 | 28-feb-94 | \$ 580.000 | 30 | \$ 3.031.998 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-mar-94 | 31-mar-94 | \$ 580.000 | 30 | \$ 3.031.998 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |

| | | | | | | | | | |
|----------|-----------|-------------------|----|------------------|-----------|------|-------|------|-------|
| 1-abr-94 | 30-abr-94 | \$ 580.00 0 | 30 | \$ 3.031.99 8 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-may-94 | 31-may-94 | \$ 580.00 0 | 30 | \$ 3.031.99 8 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-jun-94 | 30-jun-94 | \$ 870.00 0 | 30 | \$ 4.547.99 7 | \$ 37.900 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-jul-94 | 31-jul-94 | \$ 580.00 0 | 30 | \$ 3.031.99 8 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-ago-94 | 31-ago-94 | \$ 580.00 0 | 30 | \$ 3.031.99 8 | \$ 25.267 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-sep-94 | 30-sep-94 | \$ 660.00 0 | 30 | \$ 3.450.20 5 | \$ 28.752 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-oct-94 | 31-oct-94 | \$ 660.00 0 | 30 | \$ 3.450.20 5 | \$ 28.752 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-nov-94 | 30-nov-94 | \$ 660.00 0 | 30 | \$ 3.450.20 5 | \$ 28.752 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-dic-94 | 31-dic-94 | \$ 1.200.00 00 | 30 | \$ 6.273.09 9 | \$ 52.276 | 2012 | 78,05 | 1993 | 14,93 |
| 1-ene-95 | 31-ene-95 | \$ 800.00 0 | 30 | \$ 3.413.39 1 | \$ 28.445 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-feb-95 | 28-feb-95 | \$ 800.00 0 | 30 | \$ 3.413.39 1 | \$ 28.445 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-mar-95 | 31-mar-95 | \$ 800.00 0 | 30 | \$ 3.413.39 1 | \$ 28.445 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-abr-95 | 30-abr-95 | \$ 800.00 0 | 30 | \$ 3.413.39 1 | \$ 28.445 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-may-95 | 31-may-95 | \$ 950.00 0 | 30 | \$ 4.053.40 2 | \$ 33.778 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-jun-95 | 30-jun-95 | \$ 1.425.00 00 | 30 | \$ 6.080.10 3 | \$ 50.668 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-jul-95 | 31-jul-95 | \$ 950.00 0 | 30 | \$ 4.053.40 2 | \$ 33.778 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-ago-95 | 31-ago-95 | \$ 950.00 0 | 30 | \$ 4.053.40 2 | \$ 33.778 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-sep-95 | 30-sep-95 | \$ 950.00 0 | 30 | \$ 4.053.40 2 | \$ 33.778 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-oct-95 | 31-oct-95 | \$ 950.00 0 | 30 | \$ 4.053.40 2 | \$ 33.778 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-nov-95 | 30-nov-95 | \$ 1.250.00 00 | 30 | \$ 5.333.42 3 | \$ 44.445 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |
| 1-dic-95 | 31-dic-95 | \$ 1.875.00 00 | 30 | \$ 8.000.13 5 | \$ 66.668 | 2012 | 78,05 | 1994 | 18,29 |

| | | | | | | | | | |
|----------|-----------|----------------|----|-----------------|-----------|------|-------|------|-------|
| 1-ene-96 | 31-ene-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-feb-96 | 29-feb-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-mar-96 | 31-mar-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-abr-96 | 30-abr-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-may-96 | 31-may-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-jun-96 | 30-jun-96 | \$ 1.875.00 | 30 | \$ 6.702.046 | \$ 55.850 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-jul-96 | 31-jul-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-ago-96 | 31-ago-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-sep-96 | 30-sep-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-oct-96 | 31-oct-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-nov-96 | 30-nov-96 | \$ 1.250.00 | 30 | \$ 4.468.030 | \$ 37.234 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-dic-96 | 31-dic-96 | \$ 2.400.00 | 30 | \$ 8.578.618 | \$ 71.488 | 2012 | 78,05 | 1995 | 21,83 |
| 1-ene-97 | 31-ene-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-feb-97 | 28-feb-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-mar-97 | 31-mar-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-abr-97 | 30-abr-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-may-97 | 31-may-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-jun-97 | 30-jun-97 | \$ 2.400.00 | 30 | \$ 7.055.621 | \$ 58.797 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-jul-97 | 31-jul-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-ago-97 | 31-ago-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-sep-97 | 30-sep-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |

| | | | | | | | | | |
|----------|-----------|-------------|----|--------------|-----------|------|-------|------|-------|
| 1-oct-97 | 31-oct-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-nov-97 | 30-nov-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-dic-97 | 31-dic-97 | \$ 1.600.00 | 30 | \$ 4.703.748 | \$ 39.198 | 2012 | 78,05 | 1996 | 26,55 |
| 1-ene-98 | 31-ene-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-feb-98 | 28-feb-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-mar-98 | 31-mar-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-abr-98 | 30-abr-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-may-98 | 31-may-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-jun-98 | 30-jun-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-jul-98 | 31-jul-98 | \$ 1.750.00 | 30 | \$ 4.374.116 | \$ 36.451 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-ago-98 | 31-ago-98 | \$ 1.750.00 | 30 | \$ 4.374.116 | \$ 36.451 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-sep-98 | 30-sep-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-oct-98 | 31-oct-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-nov-98 | 30-nov-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-dic-98 | 31-dic-98 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 5.248.940 | \$ 43.741 | 2012 | 78,05 | 1997 | 31,23 |
| 1-ene-99 | 31-ene-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-feb-99 | 28-feb-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-mar-99 | 31-mar-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-abr-99 | 30-abr-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-may-99 | 31-may-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-jun-99 | 30-jun-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |

| | | | | | | | | | |
|----------|-----------|--------------|----|--------------|-----------|------|-------|------|-------|
| 1-jul-99 | 31-jul-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-ago-99 | 31-ago-99 | \$ 560.000 | 30 | \$ 1.199.924 | \$ 9.999 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-sep-99 | 30-sep-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-oct-99 | 31-oct-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-nov-99 | 30-nov-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-dic-99 | 31-dic-99 | \$ 2.100.00 | 30 | \$ 4.499.714 | \$ 37.498 | 2012 | 78,05 | 1998 | 36,42 |
| 1-ene-00 | 31-ene-00 | \$ 2.300.000 | 30 | \$ 4.511.746 | \$ 37.598 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-feb-00 | 29-feb-00 | \$ 2.300.000 | 30 | \$ 4.511.746 | \$ 37.598 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-mar-00 | 31-mar-00 | \$ 2.300.000 | 30 | \$ 4.511.746 | \$ 37.598 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-abr-00 | 30-abr-00 | \$ 2.300.000 | 30 | \$ 4.511.746 | \$ 37.598 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-may-00 | 31-may-00 | \$ 2.300.000 | 30 | \$ 4.511.746 | \$ 37.598 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-jun-00 | 30-jun-00 | \$ 1.457.000 | 28 | \$ 2.858.093 | \$ 22.230 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-jul-00 | 31-jul-00 | \$ 2.333.000 | 28 | \$ 4.576.480 | \$ 35.595 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-ago-00 | 31-ago-00 | \$ 2.333.000 | 28 | \$ 4.576.480 | \$ 35.595 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-sep-00 | 30-sep-00 | \$ 2.333.000 | 28 | \$ 4.576.480 | \$ 35.595 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-oct-00 | 31-oct-00 | \$ 2.336.000 | 28 | \$ 4.582.365 | \$ 35.641 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-nov-00 | 30-nov-00 | \$ 2.336.000 | 28 | \$ 4.582.365 | \$ 35.641 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-dic-00 | 31-dic-00 | \$ 2.336.000 | 28 | \$ 4.582.365 | \$ 35.641 | 2012 | 78,05 | 1999 | 39,79 |
| 1-ene-01 | 31-ene-01 | \$ 2.338.000 | 28 | \$ 4.217.343 | \$ 32.802 | 2012 | 78,05 | 2000 | 43,27 |
| 1-ene-10 | 31-ene-10 | \$ 1.038.286 | 30 | \$ 1.138.201 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-feb-10 | 28-feb-10 | \$ 1.038.286 | 30 | \$ 1.138.201 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |

| | | | | | | | | | |
|----------|-----------|---------------------|----|---------------------|----------|------|-------|------|-------|
| 1-mar-10 | 31-mar-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-abr-10 | 30-abr-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-may-10 | 31-may-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-jun-10 | 30-jun-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-jul-10 | 31-jul-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-ago-10 | 31-ago-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-sep-10 | 30-sep-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-oct-10 | 31-oct-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-nov-10 | 30-nov-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-dic-10 | 31-dic-10 | \$ 1.038.2 86 | 30 | \$ 1.138.20 1 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2009 | 71,20 |
| 1-ene-11 | 31-ene-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-feb-11 | 28-feb-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-mar-11 | 31-mar-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-abr-11 | 30-abr-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-may-11 | 31-may-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-jun-11 | 30-jun-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-jul-11 | 31-jul-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-ago-11 | 31-ago-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-sep-11 | 30-sep-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-oct-11 | 31-oct-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
| 1-nov-11 | 30-nov-11 | \$ 1.071.2 00 | 30 | \$ 1.138.18 8 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |

| | | | | | | | | | |
|----------|-----------|--------------|----|--------------|----------|------|-------|------|-------|
| 1-dic-11 | 31-dic-11 | \$ 1.071.200 | 30 | \$ 1.138.188 | \$ 9.485 | 2012 | 78,05 | 2010 | 73,45 |
|----------|-----------|--------------|----|--------------|----------|------|-------|------|-------|

| Últimos 10 años laborados | |
|---------------------------|------|
| TOTAL DÍAS | 3600 |
| | 514, |
| TOTAL SEMANAS | 29 |

| Toda la vida laboral | |
|----------------------|------|
| TOTAL DÍAS | 0 |
| TOTAL SEMANAS | 0,00 |

| | |
|------------------------------------|---------------------|
| Ingreso Base de Liquidacion - IBL- | \$ 3.685.024,00 |
| Semanas Cotizadas | 0,00 |
| Tasa de reemplazo | 75,00% |
| Valor pensión | \$ 2.763.768 |



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BRENDA LUCIA BOLAÑOS TÉLLEZ
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 19-2017-00048-01
Tema: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE- APELACIÓN DE SENTENCIA – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintitrés (2023)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Brenda Lucía Bolaños Téllez, quien actúa en representación del menor Luis Gilberto Sierra Bolaños, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y María Olga Cárdenas Wilches, con el propósito de que se condene a la primera de estas a pagar el 100% a favor de su hijo el beneficio pensional en cuantía de \$27.860.514 con ocasión del fallecimiento del señor Luis Alfredo Sierra Garza.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 166636 del 2016, por medio de la cual se ordena el pago de la indemnización de sobrevivientes a la señora María Olga Cárdenas Wilches, con fundamento en que aquella no prueba su calidad de compañera permanente del causante. Expuso que la entidad mediante sendos actos administrativos resolvió confirmar la Resolución objeto del recurso, sin que la mencionada persona acredite ser beneficiaria de la prestación económica, en tanto que no demostró en sede administrativa la condición esbozada. (Expediente digital, PDF. 08 SubsanaciónDdas (fls 58 a 75))

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la señora María Olga Cárdenas Wilches, mediante petición fechada 14 de abril de 2016, solicitó en calidad de compañera permanente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Luis Alfredo Sierra Garza, pedimento que también fue invocado por el menor, quienes acreditaron su condición de beneficiarios de la prestación económica.

Sostuvo que la señora María Olga Cárdenas Wilches logró demostrar su calidad de compañera permanente y convivencia por el lapso de 6 años con el causante, la cual se mantuvo hasta la fecha de su muerte, esto es, 19 de enero de 2016, de ahí que mediante resoluciones GNR 166636 del 8 de junio de 2016 y VPB del 25 de agosto del mismo año, le fue reconocido indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en un porcentaje equivalente al 50%, cancelando la suma de \$13.930.257, pago que se realizó en julio del 2016. Precisó que el porcentaje restante fue reconocido al menor, a través de

su representante legal, la señora Brenda Lucía Bolaños Téllez. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1° a 12°, 14° a 16°, 19° y 29° a 33°. Respecto de los demás los negó o no le constó. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF. 13 ContestaciónColp (fls 80 a 88))

2.2. María Olga Cárdenas Wilches. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que Colpensiones dio trámite a las solicitudes de pago de la prestación económica, sin violar el debido proceso, reconociendo a cada uno de los interesados, entre eso, el estatus de compañera permanente del causante, siendo demostrado conforme a las pruebas que reposan en el expediente de la entidad, convivencia por más de 5 años con aquel. Atinente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 7° a 10°, 12° a 14°, 17°, 20°, 23°, 28°, 40°, 41° y 44° a 46°. En lo que hace a los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, inasistencia de las obligaciones pagadas, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho y cumplimiento de la obligación. (Expediente digital, PDF. 23 ContestaciónLitisConsorte (fls 110 a 121))

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de agosto del 2022, en la que el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., declaró probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por Colpensiones y, en consecuencia, absolvió a la misma de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, gravándolo en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, señaló en primer lugar que debía proponerse verificar si el joven Luis Gilberto Sierra Bolaños, resulta ser beneficiario del 100% de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor Luis Alfredo Sierra Garza. A ese propósito aclaró que la vinculación de la señora María Olga Cárdenas Wilche, si bien se hizo como litisconsorte necesario por pasiva, lo cierto es que su llamado debía serlo como tercera ad excluyente, por no existir ningún derecho en cabeza de este tercero y tener interés legítimo para reclamar el derecho.

En lo que hace a la indemnización sustitutiva de pensión recordó que la norma aplicable a su eventual reconocimiento es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 19 de enero de 2016. Así, citó la preceptiva, para destacar que el causante Luis Alfredo Sierra Garza, no había reunido los requisitos para que su grupo familiar hubiera podido ser acreedor de la pensión de sobrevivientes, pues no contó con las 50 semanas de cotización durante los últimos tres años anteriores a su deceso, ni los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, para ese mismo efecto, de ahí que Colpensiones haya accedido al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, para los beneficiarios que acrediten tener derecho, en los términos del artículo 49 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, estimó no controversial que el joven Luis Gilberto Sierra Bolaños, acreditó la calidad de hijo legítimo del causante, conforme al registro civil de nacimiento que fue aportado, además que, a la fecha de deceso de su padre, contaba con 13 años de edad. En lo que tiene que ver con la calidad de beneficiaria de la señora María Olga Cárdenas Wilches, adujo que la compañera permanente debe acreditar que a la fecha del deceso

tenga 30 años o más de edad y en caso de que la prestación se cause por muerte de afiliado, según jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, deberá acreditar como mínimo la calidad exigida, es decir, tal condición y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para el momento de la muerte.

Conforme a ello, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que María Olga Cárdenas Wilches fue compañera sentimental del señor Luis Alfredo Sierra Garza, quien lo socorrió y se encargó del hogar, pues así se desprendió del dicho de los testigos, quien al unísono manifestaron que la citada persona convivió con el causante durante aproximadamente 7 años anteriores al fallecimiento del causante, quienes dieron con detalle la convivencia que mantuvieron por el citado lapso, lo cual fue coherente con las declaraciones extraprocesales que aportó la compañera permanente junto con su escrito de contestación de la demanda.

En consecuencia, señaló que no se equivocó Colpensiones en reconocer el 50% de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes a la señora María Olga Cárdenas Wilches, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, a través de los diferentes actos administrativos, por tanto, debía declarar probada la excepción formulada por la pasiva y, por ende, absolver a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 26Audiencia23Agosto2022Art80).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que se dan las condiciones para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, a las voces del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, toda vez que en el Juzgado Sexto de Familia no se declaró la unión marital de hecho entre el causante y la señora María Olga Cárdenas Wilches, razón por la cual, como menor de edad tenía derecho al reconocimiento al 100% de la indemnización sustitutiva. Refirió que, si en aquel Despacho Judicial no le fue reconocida tal calidad, por cuanto no demostró esa unión durante un término de un año, no hay razón para que aquella pueda reclamar la proporción de dicha prestación, más aún cuando Colpensiones, en su investigación administrativa, manifestó que existió fraude en la solicitud y que no logró acreditar los requisitos para ser beneficiaria de la indemnización. (Expediente digital, audio 26Audiencia23Agosto2022Art80).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que María Olga Cárdenas Wilches no demostró la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, en los términos del artículo 4º de la Ley 54 de 1990, máxime cuando en sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá D.C., se negó el reconocimiento de tal calidad, providencia que quedó debidamente ejecutoriada en tanto que no fue recurrida, por lo que tiene derecho al reconocimiento total de la indemnización sustitutiva de pensión.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que administrativamente ya se estableció que María Olga Cárdenas Wilches quien se presentó a reclamar en calidad de compañera permanente, no acreditó la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes reconocida mediante Resolución GNR 166636 del 8 de junio de 2016, razón por la que en acto administrativo SUB 90031 del 06 de abril de 2018 se ordenó su reintegro a favor de la administradora, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, y ya fue enviada a la Dirección de Cartera para su correspondiente cobro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿El menor Luis Gilberto Sierra Bolaños, tiene derecho al reconocimiento del 100% de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Luis Alfredo Sierra Garza, acaecida el 19 de enero de 2016? Para lo cual se determinará ¿Si a María Olga Cárdenas Wilches, en condición de compañera permanente, le asistía derecho al reconocimiento y pago del 50% de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Luis Alfredo Sierra Garza, como lo determinó Colpensiones?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: (i) que el señor Luis Alfredo Sierra Garza, se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado desde el 24 de octubre de 1983, logrando cotizar un total de 903,71 semanas; (ii) que con ocasión a su fallecimiento producido el 19 de enero de 2016, se presentaron ante Colpensiones a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, Luis Gilberto Sierra Bolaños, hijo menor de edad, y María Olga Cárdenas Wilches, en condición de compañera permanente, a quienes mediante Resolución GNR 166636 del 8 de junio de 2016, les fue reconocida la citada prestación en un porcentaje del 50%, decisión que fue confirmada mediante actos administrativos GNR 205249 del 13 de julio de 2016 y VPB 33483 del 25 de agosto de 2016. Lo anterior si se tiene en cuenta que (iii) que el asegurado fallecido no acreditó la densidad de semanas mínimas de cotización exigidas, para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, en términos del numeral 2º del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, hecho que se reitera tampoco fue discutido por las partes.

4. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Luis Alfredo Sierra Garza, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 08970938, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 19 de enero de 2016 (Expediente digital, PDF. 05 AnexosDda (fls 19 a 55), pág. 11).

5. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que los artículos 46, 47 y 49 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 19 de enero de 2016. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

6. Densidad de semanas. No se discute por las partes que Luis Alfredo Sierra Garza no acreditó haber cotizado 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al óbito, en los términos del numeral 2º del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

7. Indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes. Con arreglo al artículo 49 de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes se reconoce a los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no

hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la citada Ley.

8. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

9. Requisitos de la pensión de sobrevivientes - compañera permanente de pensionado. Ahora bien, no admitiendo discusión que el afiliado falleció el 19 de enero de 2016, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiaria, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

9.1. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente, contrario a lo indicado por la demandante, no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Bajo ese entendimiento, valga precisar que en el campo de la seguridad social y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)"(CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008).

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

9.2. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Olga Cárdenas Wilches, nació el 22 de agosto de 1970 y para la muerte de Luis Alfredo Sierra Garza, contaba con 45 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9.3. Convivencia. Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia al o a la cónyuge o compañero (a) permanente cuando él o la causante correspondiere a un afiliado(a) fallecido(a), en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia "*(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado*", de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta vinculante al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 199, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que ha aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Este requisito constituye el eje central de la controversia, punto frente al cual es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de

esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la señora María Olga Cárdenas Wilches acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del afiliado que ocurrió el 19 de enero de 2016.

Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Luis Alfredo Sierra Garza y teniendo en cuenta que la señora María Olga Cárdenas Wilches, arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando declaraciones extraprocesales de Pablo Emilio Alférez Bonilla, Mercedes Sierra de Cristancho, Cruz Delina Sierra de Salazar, José Emilio Martínez Bedoya, Sindy Paola Velasco Cárdenas, Manuel Ignacio Velasco Cárdenas, Cristian Andrés Cárdenas Velandia, Ángela María Portela Riaño, William Enrique Acevedo Forero, María Elsa Cárdenas Wilches, Lorenzo Bautista Martínez, Pedro Ignacio Cárdenas Suárez, Myriam Johanna Bernal Cruz, Juan Carlos Cristancho Sierra, Juan Bautista Cristancho Sierra, Herminia Sierra Garza, Agustín Sierra Garza y Rocío Sierra Garza, quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron a la pareja conformada por el fallecido y María Olga Cárdenas Wilches, asegurando que aquellos convivieron en forma permanente y continua durante 6 y 7 años aproximadamente y hasta el día del fallecimiento ocurrido el 19 de enero de 2016, sin separación alguna, compartiendo techo, lecho y mesa.

Por otro lado, se recaudó la declaración de María Elsa Cárdenas Wilches, quien ratificó lo antes dicho, agregando que es hermana de María Olga Cárdenas Wilches y debido a su familiaridad conoció al causante desde el año 2006, dada la relación sentimental que sostuvo con la convocada, quienes a partir del 2010 iniciaron a convivir en dos apartamentos que tenían en los barrios Campiña - Restrepo y Fragueta, este último de propiedad de su hermana. Narró que nunca se separaron en tanto que siempre los veía juntos, dada su la frecuencia de sus visitas a la pareja, así mismo, le constó esa circunstancia por cuanto vivió en la casa de su hermana a partir del año 2014, circunstancia que le permitió conocer además que el causante era quien sufragaba los gastos del hogar.

Incorporó la vinculada María Olga Cárdenas Wilches el testimonio de Herminia Sierra Garza quien de entrada corroboró lo ya declarado ante Notario, pero agregó que es hermana del fallecido, y que conoció a su cuñada hace aproximadamente en el año 2006, cuando inició relación de noviazgo con su hermano, la cual varió a de permanente cuando se fueron a vivir juntos al barrio la Campiña - Restrepo. Indicó que aquella convivió con su hermano, a quien le brindó cuidados a causa de su enfermedad y estuvo al tanto de su hogar, además, pese a que no se casaron, fue su esposa, habitando tanto en el apartamento de él, como en la vivienda de ella que se encuentra en el barrio la Fragueta. Narró que la pareja se ayudaba económicamente, en tanto que la señora Cárdenas realizaba labores en un salón de belleza, además, insistió que convivieron de forma permanente e ininterrumpida hasta el día del fallecimiento.

Por último, agregó la convocada al diligenciamiento el testimonio de la señora Mercedes Sierra de Cristancho, quien también ratificó lo expuesto ante Notario, adicionando que, como hermana de Luis Alfredo Sierra Garza, dio cuenta de que con la señora María Olga Cárdenas Wilches, mantuvo una relación sentimental desde que aquel se fue a vivir en arriendo en el apartamento del Restrepo. Refirió que convivió con la citada persona tanto en dicho apartamento, como el de su esposa, hasta el día del fallecimiento que se produjo a causa de una caída y de la enfermedad que padecía.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para ser beneficiaria de la proporción de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes que ahora solicita el joven Luis Gilberto Sierra Bolaños, sin que en el interrogatorio de parte que se le practicó a la señora Cárdenas Wilches tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron de las testimoniales, pues contrario a la censura, ésta ratificó lo aseverado por María Elsa Cárdenas Wilches, Herminia Sierra Garza y Mercedes Sierra de Cristancho, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo dentro de los últimos 5 años de vida del causante.

Además, queda claro que en efecto la señora Mercedes Sierra de Cristancho sí tuvo una convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante, pues no se verifica que estos hayan sufrido una separación, pues las declaraciones que se recaudaron, así como las demás pruebas obrantes en el proceso, dan cuenta de su permanencia como pareja, en tanto que los testigos de la señora Cárdenas Wilches con contundencia dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones hasta el deceso de aquél. Al unísono declararon que de cujus nunca abandonó el hogar y siempre prodigó por su manutención y sostenimiento. Versiones que resultan creíbles para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentran respaldadas por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibieron los hechos, dejando entrever que presenciaron de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja.

Debe precisarse que tales declaraciones no pueden ser excluidas por el testimonio aportado por la señora Brenda Lucía Bolaños Téllez, pues se verifica de la manifestación que realizó la señora Lizeth Guzmán Urrea, la falta de claridad sobre los hechos que le consta, pues aunque adujo que por su cercanía con el fallecido dio cuenta de que no mantenía aquel relación alguna con ninguna persona, también señaló que no frecuentaban el inmueble donde la pareja habitaba, ni siquiera al establecimiento de comercio de que era propiedad de él, de ahí que no diera razón de la vida en pareja o sentimental y por esa circunstancia no percibió de manera directa si en realidad convivieron o no de manera permanente.

Así, entonces, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que María Olga Cárdenas Wilches convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, inferencia que no puede ser derribada porque en la jurisdicción de familia no se declaró la unión marital de hecho entre la pareja, pues tal y como lo concluyó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3246-2022, "*en tratándose de una pensión de sobrevivientes, es al juez laboral, a quien le corresponde definir la convivencia necesaria para la causación de dicha prestación pudiéndose apartarse de lo definido por el juez de familia en el marco de un proceso en el que se persigue la declaración de la existencia de una unión marital de hecho*"

10. Conclusión. Visto lo anterior, le asistía el derecho a la señora María Olga Cárdenas Wilches el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50%, en los términos del artículo 49 de la Ley 100 de 1993, y tal y con acierto lo coligió la juez de primer grado y lo dispuso Colpensiones mediante actos administrativos GNR 166636 del 8 de junio de 2016, GNR 205249 del 13 de julio de 2016 y VPB 33483 del 25 de agosto de 2016, de allí que no es posible acceder a las pretensiones de la activa debiéndose confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

11. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haber sido causadas.

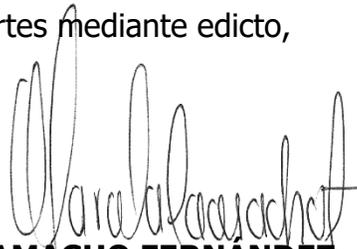
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

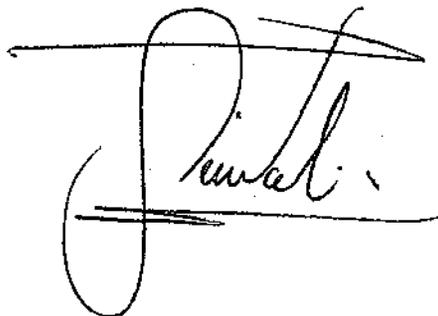
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-