



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ ELENA RINCÓN QUINTERO
Demandada: UGPP
Radicación: 22-2020-00084-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN CONVENCIONAL-
MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Luz Elena Rincón Quintero instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que sea condenada a reconocer y pagar pensión de jubilación convencional, desde el 01 de enero de 2015, en cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos 3 años de servicio, en 14 mesadas pensionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001. Así mismo, se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para el ISS desde el 25 de mayo de 1982 al 30 de diciembre de 2014, ostentando la calidad de trabajadora oficial. Indicó que nació el 24 de septiembre de 1960, de manera que cumplió los 50 años el mismo día y mes del año 2010, por lo que tiene derecho a la pensión de jubilación contemplada en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo; que presentó reclamación administrativa el 09 de diciembre de 2014, pero le fue respondida negativamente a través de resolución RDP004976 del 06 de febrero de 2015. (Expediente electrónico, PDF 03, págs. 1 a 14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF. 7); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la pensión convencional reclamada no está llamada a prosperar teniendo en cuenta que bajo los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005, las cláusulas convencionales perdieron vigencia al 31 de julio de 2010, salvo para quienes a dicha data tuvieran un derecho adquirido; que al 31 de julio de 2010, la actora contaba con 49 años de edad, siendo exigible los 50 años, es decir, no alcanzó a consolidar su derecho. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de la

indexación, no pago de los intereses moratorios, no procedencia de la condena en costas, y la genérica (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónDemandaUgpp)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de octubre del 2021, en la que el fallador condenó a la encartada a reconocer y pagar pensión convencional del ISS a favor de la actora a partir del 01 de enero de 2015, en cuantía inicial de \$1.328.938, sobre 14 mesadas al año; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2016; condenó al retroactivo desde el 19 de diciembre de 2016, sobre 14 mesadas y las que se sigan generando de manera indexada; ordenó los descuentos en salud, y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión indicó que de conformidad con el artículo 3° de la convención colectiva de trabajo, ésta resulta aplicable a la actora, por lo que, luego de citar lo previsto en el artículo 98 *ejusdem*, señaló que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL5116-2020 estudió la preceptiva convencional, definiendo que las partes acordaron darle mayor estabilidad en el tiempo en lo que refiere a la pensión, incluso su eficacia va hasta el año 2017, sin que se vea afectada por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Bajo ese panorama, señaló que la actora laboró en el ISS, desde el 25 de mayo de 1982 al 31 de diciembre de 2014, es decir, 32 años, 9 meses y 14 días, cumpliendo con suficiencia el tiempo exigido, y en cuanto al cumplimiento de la edad, cumplió los 50 años el 24 de septiembre de 2010, causando la prestación reclamada a partir de esa calenda. Ahora, en cuanto al disfrute pensional, adujo que la actora al continuar laborando hasta el 31 de diciembre de 2014, sería a partir del 01 de enero de 2015.

En relación con el IBL, manifestó que la Convención Colectiva establece que quienes se jubilen entre el 01 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016, será el 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicios. En ese orden, el promedio de los tres últimos años, desde enero de 2012 a diciembre de 2014, corresponde a un IBL de \$1.328.938, valor de la mesada pensional que se reconocerá a partir del 01 de enero de 2015, y sobre 14 mesadas anuales.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que las mesadas se hicieron exigibles el 31 de diciembre de 2014, por lo que, la reclamación podía efectuarse a partir del 01 de enero de 2015; sin embargo, la reclamación se hizo el 09 de diciembre de 2014, resuelta negativamente mediante Resolución RDP004976 del 6 de febrero de 2015, y confirmada a través de resolución No 014390 del 15 de abril de 2015, momento en el cual se entiende agotada la reclamación administrativa, y la demanda se interpuso hasta el 19 de diciembre de 2019, es decir, transcurrieron más de tres años, por lo que, se encuentran afectadas con la prescripción, las mesadas causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2016.

Frente a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, procedió a negar los mismos, ya que el reconocimiento surge en la aplicación del nuevo criterio sobre la interpretación de la cláusula convencional; sin embargo, se otorgó la indexación por efecto de la devaluación del dinero. Autorizó a la demandada a realizar los aportes al sistema de seguridad social en salud.

5. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandada presentó recurso de alzada manifestando que las pretensiones no están llamadas a prosperar debido a que bajo los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005, en tratándose de convenciones colectivas, las disposiciones en materia pensional perdieron vigencia el 31 de julio de 2020, salvo para quienes tuvieran un derecho adquirido; que la Corte Suprema de Justicia en

sentencia del 03 de abril de 2008, radicado No 29907 y sentencias del 20 de octubre de 2009, así como las de radicado No 34044 y No 38074 del 2012, señalan que para la aplicación de normas convencionales, se debe contar con un derecho adquirido al 31 de julio de 2010, es decir todos los requisitos tanto de tiempo y edad, deben estar cumplidos en esa calenda, por lo que, no es posible reconocer la pensión pretendida por la actora, ya que si bien cuenta con más de 20 años, no cuenta con los 50 años de edad al 31 de julio de 2010, ello en la medida en que la edad de 50 años los cumplió en septiembre de 2010, fecha para la cual no estaba vigente la convención; aduce que la actora ya cuenta con una pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES; que la decisión de instancia no realizó ningún pronunciamiento sobre la compartibilidad pensional; que tampoco se pronunció acerca del auto del 4 de octubre de 2021, en el cual se solicitó aclarar si se declaró la nulidad de lo actuado en audiencia del 24 de agosto de 2021, toda vez que no hubo pronunciamiento del despacho en ese sentido.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo del ISS suscrita el 31 de octubre de 2001 toda vez que cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos en dicho texto normativo, por lo que no dar aplicación a ésta se le estaría violando sus derechos pensionales ya adquiridos.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que los actos administrativos emanados por la Unidad se expidieron con total observancia del régimen prestacional aplicable a la demandante y por lo tanto deben conservar incólume la presunción de legalidad. Refirió que no es posible otorgar la pensión de jubilación convencional que reclama aquella, toda vez que bajo los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005, que por mandato superior reguló el tema pensional en tratándose de convenciones colectivas, esta perdió vigencia el 31 de julio de 2010, sin que tuviera un derecho adquirido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada UGPP, 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 los recurrentes, y se estudiará en consulta a favor de la encartada en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: ¿Le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo aplicable? Adicionalmente, ¿Las estipulaciones establecidas en la Convención Colectiva de condiciones laborales aplicable permanecieron vigentes aún con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005?

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 actora estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales mediante contrato de trabajo entre el 25 de mayo de 1982 al 31 de diciembre de 2014, es decir, por espacio de 32 años, 7 meses y 5 días; tampoco que arribó a la edad de 50 años el día 24 de septiembre de 2010, dado que nació el mismo día y mes de 1960, ni que se beneficia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, misma que se incorporó al proceso con la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 469 del CST; hechos que sin

duda se coligen entre otra documental, de la certificación expedida por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, cédula de ciudadanía y el convenio colectivo 2001 – 2004 (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteFísicoDigitalizado, págs. 16 y s.s.).

4. Pensión de jubilación convencional. Como se dejó sentado las pretensiones de la promotora del litigio se orientan a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, en los términos del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre "Sintraseguridadsocial" y el Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, el texto de la disposición convencional que se predica como fuente del derecho reclamado es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 98.- "El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales: (...) (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio"

Es así como, para mejor proveer se colaciona al análisis del caso la sentencia SL3635-2020, radicación 74271 del 16 de septiembre de 2020, en la que examinó una situación fáctica y jurídica similar al caso puesto en consideración por esta Sala, consistente en establecer: "si el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó, hasta el 31 de julio de 2010, la vigencia de las normas colectivas de carácter pensional acordadas antes del 29 de julio de 2005 -fecha de expedición de la enmienda constitucional".

Luego de conformar el entramado jurisprudencial de las diferentes posiciones que ha sostenido la Sala de Casación Laboral y para un mejor proveer, la Corte en sentencia atrás aludida rectifica de manera parcial la posición respecto de la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto que en las providencias anteriores como la SL2543-2020, dejaba entrever que no era posible extender las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010, en torno de lo cual, precisó lo siguiente:

"Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010".

Así las cosas, al fijar su última postura, concluye el Máximo Órgano de la Jurisdicción Laboral que en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, se presentan tres situaciones, que deben ser sopesadas en cada caso particular, a saber:

*"En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **rectifica parcialmente su criterio** sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:*

- a) *En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, **aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.***
- b) *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibídem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010". (Negrilla fuera del texto).*

Bajo esa misma óptica, atendiendo a la situación particular de la actora frente a lo establecido en el texto extralegal suscrito por el extinto Instituto de Seguros Sociales, en especial del artículo 98 prescriptor de la pensión de jubilación que aquí se reclama, y que también fue objeto de examen por el máximo tribunal de esta jurisdicción en similares términos, se puede educir que hay lugar a su entendimiento bajo la primera regla atrás definida, es decir, que al haber sido pactada con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y no operar la prórroga automática, dado que es un clausulado que fijó una vigencia temporal excepcional, esto es, hasta el año 2017, tal prerrogativa debe comprenderse y aplicarse bajo el entendido de la expresión por el "*plazo inicialmente pactado*", y así lo afincó de manera expresa:

"En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia".

Así las cosas, descendiendo al *sub examine* precisa la Sala que le asiste razón al A quo cuando aplicó el texto extralegal, pues precisamente sus razonamientos están encaminados a la misma línea interpretativa que la Sala de Casación Laboral ha trazado recientemente en derredor de la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, y en particular respecto de la cláusula convencional contenida del artículo 98 de la Convención Colectiva que estipula la pensión de jubilación. Criterio que ha sido propalado entre otras en sentencias SL4163-2021.

Colofón de lo anterior, habida cuenta que el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, se abre paso para la Sala el estudio de los requisitos estructurantes de la misma, en orden a establecer si le asiste o no derecho al actor a su reconocimiento. Señala la disposición extralegal que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que hayan laborado cuando menos 20 años de servicio y tengan la edad de 50 años, para el caso de las mujeres.

Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que la trabajadora laboró al ISS desde 25 de mayo de 1982 al 31 de diciembre de 2014,

es decir, por espacio de 32 años, 7 meses y 5 días y cumplió la edad de 50 años el 24 de septiembre de 2010, por haber nacido el mismo día y mes de 1960, por lo que constata la Sala que en efecto causó la pensión de jubilación convencional cuando arribó a la edad, pues el tiempo de servicios, ya lo había cumplido con anterioridad.

De acuerdo con el anterior derrotero, no le asiste razón a la censura en el sentido de sostener que la pensión reclamada por el promotor del proceso desapareció del mundo jurídico ante la existencia de la preceptiva reformativa y, por el contrario, es claro que la Juez de primer grado atinó al conceder la prestación solicitada, acotando que, aunque la pasiva expone la aplicación de las sentencias SU897 de 2012 y SU086 de 2018, se evidencia que las situaciones fácticas expuestas son distintas a las del caso que nos atañe, pues en ella se discute *"la imposibilidad de que los empleados públicos sean beneficiarios de las convenciones o pactos colectivos"*, en lo que refiere a la escisión del ISS y la creación de las Empresas Sociales del Estado, de cara a la vigencia y aplicación de la convención colectiva de trabajo a esta clase de servidores públicos.

Así las cosas y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó la A quo.

4.1. Monto pensional. La pensión de jubilación aquí reclamada debe ser pagadera en armonía a lo expresamente establecido en el numeral II del artículo 98 del texto convencional, esto es, el equivalente al "100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.", por haber causado la pensión en el año 2010.

4.2. Factores para liquidar la pensión. Para abordar este ítem, la Sala de Casación de la CSJ en sentencia SL3343-2020, de manera específica liquidó una prestación similar a la que concita la atención de esta Corporación en esta oportunidad, y estableció que, de conformidad con el párrafo 5° del artículo 98 convencional:

"Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados".*

Así las cosas, en el expediente electrónico obra "información de acumulados" de los años 2011 al 2014, en donde se reflejan los conceptos de salario básico, prima de vacaciones, primas de servicios, auxilio de alimentación y de transporte, por lo que, una vez efectuados los cálculos matemáticos de rigor, hay lugar a tener como salario promedio percibido en los últimos 3 años, el valor de **\$1.656.866.**

FACTORES SALARIALES		
AÑO	CONCEPTO	PERCIBIDO
2014	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 13.574.138
2014	PRIMA VACACIONES	\$ 2.331.057
2014	PRIMA DE SERVICIOS	\$ 3.334.324
2014	AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	\$ 503.689
2014	AUXILIO DE TRANSPORTE	\$ 484.489
		\$ 20.227.697
2013	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 13.315.805
2013	PRIMA VACACIONES	\$ 2.472.979
2013	PRIMA DE SERVICIOS	\$ 3.304.608
2013	AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	\$ 501.927
2013	AUXILIO DE TRANSPORTE	\$ 484.489

DEVENGADO		\$ 20.079.808
2012	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 12.958.999
2012	PRIMA VACACIONES	\$ 2.206.570
2012	PRIMA DE SERVICIOS	\$ 3.194.500
2012	AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	\$ 496.610
2012	AUXILIO DE TRANSPORTE	\$ 483.012
DEVENGADO		\$ 19.339.691
TOTAL DEVENGADO		\$ 59.647.196

SALARIO PROMEDIO (TOTAL DEVENGADO/NÚM. DE MESES)	\$ 1.656.866
--	--------------

Ahora, en vista de que ese salario promedio actualizado corresponde a **\$1.656.866**, la misma suma corresponde a su primera mesada pensional, en razón a que el monto es el **100 %** del promedio de lo percibido, suma que es superior a la que otorgó la a quo, que lo fue de **\$1.328.938**, pero como quiera que la decisión se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad a la que no se le puede hacer más gravosa su situación, se tendrá como primera mesada pensional la liquidada por la juez primigenia, además, debe tenerse en cuenta que la parte demandante no formuló disenso sobre ese aspecto a través de la alzada.

5. 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 y hecho exigible las mesadas pensionales desde el **01 de enero de 2015**, es claro que el

término de prescripción empezará a contarse a partir de esta última 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 la actora elevó reclamación el 09 de diciembre de 2014 (Fol. 21 archivo No 01), petición que le fue resuelta de forma negativa mediante Resolución RDP 004976 del 06 de febrero de 2015 (fols. 21 a 23 archivo No 01), decisión que fue confirmada mediante acto administrativo RDP 014390 del 15 de abril del mismo año (Fols. 24 a 26 archivo No 01), por tanto, debía a partir de allí accionar por la vía judicial en el término de tres años, esto es, hasta el 15 de abril de 2018; sin embargo, ello no aconteció, sino que elevó una nueva reclamación del derecho el 28 de mayo de 2019 (Fol. 27 archivo No 01), misma que fue resuelta negativamente a través de Auto ADP005154 del 31 de julio de 2019 (Fol. 27 a 29 archivo No 01), y como quiera que interpuso la acción judicial el 19 de diciembre de 2019 (Fol. 41 archivo No 01), esto es, sin transcurrir más de tres años entre la última solicitud y la presentación de la demanda, se encontrarían prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la última reclamación, es decir, las causadas con anterioridad al 28 de mayo de 2016. Empero, como la a quo declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2016, y sobre tal punto no se formuló recurso de alzada por la parte demandante, habrá de dejarse incólume la decisión de instancia en este aspecto, toda vez que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

6. Retroactivo pensional. 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 **\$150.611.136**, correspondiente a las mesadas causadas entre 19 de diciembre de 2016 y el 31 de marzo de 2023. A partir del 1º de abril de 2023 la UGPP deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$2.105.084, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y sobre 14 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2014	3,66%	\$ 1.328.938		\$ -
2015	6,77%	\$ 1.377.577		\$ -
2016	5,75%	\$ 1.470.839	1	\$ 1.470.839
2017	4,09%	\$ 1.555.412	14	\$ 21.775.773
2018	3,18%	\$ 1.619.029	14	\$ 22.666.402
2019	3,80%	\$ 1.670.514	14	\$ 23.387.194
2020	1,61%	\$ 1.733.993	14	\$ 24.275.907
2021	5,62%	\$ 1.761.911	14	\$ 24.666.749
2022	13,12%	\$ 1.860.930	14	\$ 26.053.020
2023		\$ 2.105.084	3	\$ 6.315.252
TOTAL				\$ 150.611.136

Se precisa en lo que respecta a la mesada del mes de diciembre de 2016, que 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).

7. Descuentos. Se autoriza igualmente a la convocada a juicio 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.

8. Indexación. Esta Colegiatura confirmará la condena por indexación debido a la mengua de la condena ante el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, misma que debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, la UGPP, sin que sea dable analizar su proceder de buena o mala fe en el presente asunto, debido a que la actualización no es una sanción al deudor, sino un mecanismo para resarcir al acreedor por la pérdida de la depreciación monetaria. Corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y corre desde la causación de cada mesada pensional hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

9. Compartibilidad de la pensión de jubilación convencional. Con el propósito de desatar la controversia que suscita la entidad accionada, esto es, establecer si la pensión que le es reconocida a la promotora del proceso es compartible o compatible con la pensión de vejez que pudiese pagar Colpensiones, cumple recordar que la compartibilidad de las pensiones se reglamentó mediante el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, el cual en su artículo 5º, dispuso la compartibilidad de éstas y la obligación del empleador de pagar el mayor valor que resultare entre lo que venía pagando y lo reconocido por el ente de seguridad social, así como seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte.

A su vez, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, señaló que los empleadores que paguen a sus trabajadores pensiones de jubilación causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de vejez, invalidez y muerte al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando sus trabajadores cumplieren con los requisitos por esta entidad exigidos para otorgar la pensión de vejez, siendo a partir de ese momento obligación del patrono, cubrir el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. Asimismo, se indicó que las pensiones serían compartidas a partir de la citada data, salvo que en el acto de origen (convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes), se estableciera expresamente la compatibilidad.

Dicho lo anterior, resulta suficiente establecer que la pensión de jubilación otorgada al demandante es compartible con la legal de vejez que pueda reconocer Colpensiones, caso en el cual quedará a cargo de la enjuiciada únicamente el mayor valor si lo hubiere, en tanto que su compatibilidad no quedó expresamente señalada en el texto convencional antes citado, sino, por el contrario, se estableció en el mismo artículo 98 de la CCT, de la siguiente forma:

"No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez".

Ahora, en lo relacionado con la pensión de vejez que se llegará a reconocer por parte de COLPENSIONES o que ya se haya reconocido, y lo relativo a la compartibilidad, cumple relieves lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL5573 del 5 de diciembre de 2018, en la que apuntala que: *"De otro lado, no es de recibo el argumento de la recurrente, según el cual la afiliación al Instituto de Seguros Sociales trasladó cualquier obligación de otorgar la pensión extralegal, como quiera que no consta nada sobre la pensión de vejez reconocida al accionante. En este proceso, solo se debatió la pensión de jubilación convencional. Ahora, si tal prestación fuera reconocida, el efecto de*

compartibilidad para prestaciones extralegales, opera en virtud de la ley, en los términos del Acuerdo 29 de 1985”.

En ese orden, como quiera que la compartibilidad opera por ministerio de la ley, el hecho de que la a quo no se haya pronunciado expresamente no conlleva a modificar la decisión de instancia, y si la demandante actualmente tiene reconocida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, serán las entidades de seguridad social las que apliquen la respectiva compartibilidad en los términos del Acuerdo 29 de 1982. Por lo tanto, no prospera el punto de apelación que en este sentido propuso la demandada.

Finalmente, en lo tocante a que la juzgadora de primer grado no se pronunció acerca de la solicitud de **aclaración** acerca de si se declaró la nulidad de lo actuado en audiencia del 24 de agosto de 2021, cumple acotar que en auto del 28 de septiembre de 2021 se puso en evidencia que la audiencia no quedó grabada, por ello, se volvió a programar fecha para la audiencia de que trata el artículo 77 y 80 del CPTSS (Fol. 1 archivo No 14), misma que se llevó a cabo el 19 de octubre de 2021, en la que se evacuaron todas las etapas de que trata el artículo 77 y 80 del CPTSS, sin que obre alguna manifestación de la parte recurrente en la etapa de saneamiento del litigio, razón por la cual, no puede pretender ahora en el recurso de alzada esgrimir la falta de respuesta a una solicitud, cuando teniendo la oportunidad de hacerlo guardó pleno silencio, máxime si se tiene en cuenta que en dicha audiencia participó, por lo que, ningún efecto práctico tendría el pronunciamiento de la a quo en torno a la solicitud.

10. Costas impuestas en primera instancia a UGPP. Finalmente, 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.

11. Costas en esta instancia. Las costas de segunda instancia estarán a cargo de la UGPP, y a favor de la demandante por 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 **CUARTO** de la sentencia proferida el 19 de octubre del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"CUARTO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- a reconocer y pagar a la señora LUZ ELENA RINCÓN QUINTERO, la suma de **\$ 150.611.136** por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 19 de diciembre de 2016 y el 31 de marzo de 2023, incluida la mesada adicional de junio y diciembre de cada año. A partir del 01 de abril de 2023, la demandada seguirá reconociendo a la demandante una mesada pensional equivalente a **\$ 2.105.084**, junto con la mesada adicional de junio y diciembre de cada año, en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

Parágrafo: *ORDENAR la INDEXACIÓN de las mesadas que componen el retroactivo pensional aquí ordenado, y de las mesadas que se sigan causando con posterioridad, indexación que correrá desde la causación de cada mesada pensional y hasta el momento del pago efectivo de la obligación, en los términos expuestos en la parte motiva de este fallo”.*

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

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP, y en favor de la demandante. 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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de la UGPP, el equivalente a 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: JOSÉ DANIEL RODRÍGUEZ VARGAS
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 18-2020-00234-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- COMPAÑERO
PERMANENTE

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. José Daniel Rodríguez Vargas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que sea condenada a reconocer y pagar sustitución pensional causada por el fallecimiento de su compañera permanente Rosenda Duarte de Cubillos, desde el 06 de marzo de 2019, junto con los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que convivió en unión marital de hecho con la señora Rosenda Duarte de Cubillos desde el 03 de agosto de 1985; que la señora Rosenda Duarte de Cubillos tuvo siete hijos de una anterior relación; que el demandante brindó todo el apoyo emocional de padre a los hijos de la señora Rosenda Duarte de Cubillos; que el extinto ISS, hoy COLPENSIONES mediante Resolución No 01979 del 28 de junio de 1991 reconoció la pensión de vejez a Rosenda Duarte de Cubillos, en cuantía de \$32.560, efectiva a partir del 09 de abril de 1989; que el señor José Daniel Rodríguez Vargas siempre se ha dedicado a labores de carpintería; que Rosenda Duarte de Cubillos falleció el 06 de marzo de 2019; que la convivencia siempre fue de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa desde el 03 de agosto de 1985 hasta el 06 de marzo de 2019; que presentó solicitud pensional ante COLPENSIONES, pero le fue negada a través de la resolución SUB112131 del 10 de mayo de 2019, con fundamento en que no se acreditó el contenido y veracidad de la pruebas aportadas; que inicialmente residieron en la calle 81 No 18 A – 70 Sur, del barrio Minuto de María, y posteriormente, se trasladaron a vivir a la vereda finca la Alejandría, ubicada en el Municipio de Mesitas; que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 188134 del 18 de julio de 2019 y Resolución DPE8060 del 16 de agosto de 2019 se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y apelación, respectivamente. (Expediente digital,

PDF 04, págs. 1 a 20)

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que el gestor de la litis no acredita convivencia efectiva durante los últimos cinco años al fallecimiento de la causante, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1º,

5°, 7°. 9° a 11, y 17 a 19, relacionados con que a Rosenda Duarte de Cubillos le fue reconocida pensión de vejez, su fecha de fallecimiento y negativa del derecho pensional al actor. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 08ContestaciónDemandaColpensiones)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 07ConstanciaNotificación); 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 05 de agosto del 2022, en la que la falladora de instancia condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 06 de marzo de 2019, a favor de José Daniel Rodríguez Vargas, en un porcentaje igual al 100% de la mesada pensional que percibía la señora Rosenda Duarte de Cubillos; condenó al pago de \$43.807.978,66 como retroactivo pensional causado desde el 06 de marzo de 2019 al 31 de agosto de 2022; condenó al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de mayo de 2019 y hasta la fecha en que se produzca efectivamente el pago de las mesadas pensionales generadas desde el 06 de marzo de 2019; ordenó realizar los descuentos para el sistema de seguridad social en salud; absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a la demandada.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema jurídico a dilucidar, si le asiste derecho o no al actor al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que venía devengando Rosenda Duarte de Cubillos, en su calidad de compañero permanente. A ese propósito, señaló como no controversial que a Rosenda Duarte de Cubillos le fue reconocida pensión de vejez por el ISS, quien falleció el 06 de marzo de 2019, momento para el cual se encontraban vigentes los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Luego de citar el contenido de aquellas disposiciones, se adentra al análisis del acervo probatorio, para luego concluir que la pareja convivió en calidad de compañeros permanentes desde 1985 hasta el 06 de marzo de 2019, fecha del deceso de Rosenda Duarte de Cubillos, es decir, se logró demostrar más de los cinco años anteriores al deceso que exige la normatividad vigente. Además, tuvo en cuenta las testimoniales de Marlene Cubillos Duarte, William Cubillos Duarte, y Emmanuel Rivera Solano, quienes dieron cuenta de la convivencia de la pareja, inicialmente en la ciudad de Bogotá, y luego desde el año 2004 en una finca ubicada en Fusagasugá. Igualmente, manifestó que del dicho de los testigos no se evidencia que se hayan separado, incluso, los dos primeros testigos dieron cuenta que fue el demandante quien acompañó a la causante en sus últimos días en el hospital San Rafael donde falleció.

Bajo ese horizonte, procedió a reconocer la sustitución pensional a favor del actor en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 06 de marzo de 2019.

Frente a los intereses moratorios, determinó la prosperidad de los mismos, ya que la negativa de Colpensiones en reconocer la prestación no tiene justificación, por lo que, al haberse presentado la solicitud el 22 de marzo de 2019, los intereses se causan a partir del 23 de mayo de 2019, sobre las mesadas causadas a partir del 06 de marzo de 2019. Dijo que al haberse accedido a los intereses moratorios, resulta improcedente la indexación, dada su incompatibilidad.

Sobre la prescripción, adujo que la reclamación se presentó el 22 de marzo de 2019, la cual fue resuelta a través de la Resolución SUB112131 del 10 de mayo de 2019, y la demanda se presentó el 18 de agosto de 2020, es decir, sin que entre esas fechas haya superado el término de tres años, por lo que, tal excepción no estaba llamada a prosperar.

(Expediente digital, audio 16AudicienciaVirtualFallo)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión fue interpuesto recurso de alzada por COLPENSIONES, quien manifestó que los documentos aportados por la parte demandante en la solicitud, son suficientes para demostrar que demandante no cumple los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, además que conforme la investigación administrativa, la duración de la convivencia no se encuentra acreditada; que no se determinó que efectivamente sea la persona que convivió con la causante durante los últimos cinco años anteriores al deceso; que a pesar de la prueba testimonial, el señor Emanuel Rivera no fue coherente, además que se encontraba en compañía de alguien, quien al parecer le estaba indicando las respuestas a las preguntas, por lo que no puede tenerse en cuenta el testimonio; que se revisen detalladamente las pruebas testimoniales, para constatar si fueron claros y coherentes; en cuanto a las costas aduce que debe exonerarse del pago, ya que la demandada es una entidad que protege el erario público y no puede reconocer la prestación por simples asuntos documentales, ya que no hubo cooperación del demandante en continuar con la investigación administrativa, igualmente, se tenía duda en la investigación que hizo la demandada.

6. Alegatos de conclusión. El **Demandante** alegó en su favor aduciendo que se demostró que con la causante convivieron en unión marital de hecho desde el 3 de agosto de 1985, fecha desde la cual compartieron techo, lecho y mesa hasta el 6 de marzo de 2019, unión que fue permanente e ininterrumpido entre la pareja, cumpliéndose de esta forma los presupuestos que establece el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. 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 las recurrentes, así como también se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que le haya sido desfavorable a COLPENSIONES y no hay sido apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿José Daniel Rodríguez Vargas, demostró la calidad de compañero permanente de la causante Rosenda Duarte de Cubillos y reúne las condiciones legales para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes por parte del Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y tiene derecho al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Rosenda Duarte de Cubillos, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 09752779, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 06 de marzo de 2019. (Expediente digital, PDF 04, pág. 31)

4. Calidad de pensionada del cujus. No se discute que Rosenda Duarte de Cubillos fue pensionada por el ISS, por medio de la Resolución núm. 01979 del 28 de junio de 1991, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo SUB 188134 del 18 de julio de 2019.

5. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1° 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.

6. Requisitos de la pensión de sobrevivientes – compañero permanente de pensionado. Acreditado como está, que la fallecida sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, según el cual 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 a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con éste por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del deceso, 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 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"*.

Así mismo, en 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."*

En el sub lite, del acto administrativo expedido por la demandada se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañero permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años de convivencia en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se entrará a dilucidar más adelante.

6.2. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que nació el 02 de septiembre de 1952, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 04, pág. 54), luego para la muerte de la señora Rosenda Duarte de Cubillos contaba con 66 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

6.3. Convivencia. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó el señor José Daniel Rodríguez Vargas, en calidad de compañero permanente a reclamar la pensión de sobreviviente ante Colpensiones, dicha entidad mediante Resolución SUB 112131 del 10 de mayo de 2019, le negó la misma con fundamento en la investigación administrativa, según la cual *"NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por José Daniel Rodríguez Vargas, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa"*

Respecto de este tema, 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, adocina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *“ser miembros del grupo familiar”*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral 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.”

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por el (la) compañero(a) permanente, no así frente al (la) cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que el reclamante sea compañero permanente de la pensionada, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362-21, que reiteró lo dicho en la SL1399-18, en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)”.

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 pensionada que ocurrió el 06 de marzo de 2019.

En esa dirección, la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 03 de agosto de 1984 y se mantuvo hasta el óbito de la señora Rosenda Duarte de Cubillos. Para su

demonstración trae al cartulario declaración extra juicio efectuada por Emmanuel Antonio Rivera Solórzano (Fol. 25 archivo No 04), Consuelo María Ortiz Cubillos (Fol. 27 archivo No 04), Marlene Cubillos Duarte (Fol. 29 archivo No 04), y William Avelino Cubillos Duarte (Fol. 30 archivo No 04), mismos que declararon conocer a la pareja desde 1985 y hasta el 06 de marzo de 2019, fecha de fallecimiento de Rosenda Duarte de Cubillos.

Así las cosas, el primer aspecto a dilucidar es que los documentos que contienen las declaraciones extraprocesales, se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021) y así deben valorarse; tiene dicho la Corte que no requieren ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que en el evento de solicitar la ratificación le corresponde a la parte interesada, hacer lo posible para lograrla, lo que no aconteció en la causa que aquí se estudia, ya que COLPENSIONES no solicitó la ratificación de los declarantes. Aun así, debe tenerse en cuenta que los señores Emmanuel Antonio Rivera Solórzano, Marlene Cubillos Duarte y William Avelino Cubillos Duarte, fueron traídos por la parte demandante a rendir su testimonio en el proceso, los cuales, una vez recepcionados, conducen a reconocer mérito de convicción en torno a la efectiva convivencia, versiones que resultan congruentes con las aserciones del mismo demandante y porque su conocimiento es producto de la relación cercana con la pareja, en particular Marlene Cubillos Duarte y William Avelino Cubillos Duarte, quienes son hijos de la causante, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: *"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 demandada enervar la solidez, contundencia y espontaneidad en punto a la convivencia configurada con el dicho de los testigos traídos al diligenciamiento.

Debe tenerse en cuenta que el relato que hicieron Marlene Cubillos Duarte y William Avelino Cubillos Duarte fue coherente y espontáneo, en punto a que se refieren al señor José Daniel Rodríguez Vargas como su padrastro, y quien fue la persona que acompañó a la señora Rosenda Duarte de Cubillos en los últimos días que estuvo hospitalizada en el clínica San Rafael en Bogotá, aunado a que, los dos coinciden en que desde 1985 venía conviviendo con su progenitora, inicialmente en la ciudad de Bogotá en el barrio Minuto de María de ciudad Bolívar, y posteriormente en el año 2004 cuando se fueron a una finca de nombre Alejandría de Fusagasugá, en la que también hizo parte del núcleo familiar el señor William Avelino Cubillos Duarte; incluso narraron que después del deceso de la señora Rosenda Duarte de Cubillos, el actor vive en la misma casa con sus hijastros, y así lo aseveró Marlene Cubillos Duarte, cuando dijo *"él vive con nosotros arriba en la casa"*. Lo anterior para significar, que ese grado de cercanía de los deponentes con el demandante no conlleva a desestimar sus manifestaciones, al contrario, dan cuenta de que en efecto el demandante convivió con la señora Rosenda Duarte de Cubillos, madre de los deponentes, y dejan entrever que, durante ese lapso de convivencia desde aproximadamente el año de 1985 mantuvo buena relación con sus hijastros, al punto que aún siguen compartiendo en el mismo hogar.

Ahora, en lo que respecta al deponente Emmanuel Antonio Rivera Solórzano, no puede tenerse como cierto lo manifestado por la parte recurrente, ya que ante la novedad de que presuntamente estaba acompañado por otra persona al momento de rendir el testimonio, debe tenerse en cuenta que la a quo le hizo girar la cámara para corroborar

tal situación y se constató que no había nadie más, luego, no puede ahora el recurrente insistir en la misma situación para descartar el testimonio, cuando evidentemente no estaba acompañado de otras personas. En ese sentido, la alzada referida a tal testigo se despacha negativamente, además debe tenerse en cuenta que aquel dio cuenta de la convivencia de la pareja, por lo menos desde el año 2004 hasta el 06 de marzo de 2019, en tanto que fue vecino de la finca donde residía el demandante y la causante, incluso que se saludaban contantemente debido a la cercanía de la finca de la causante con la del testigo.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó al actor tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron de las testimoniales, pues su versión no tiene contradicción con lo dicho por los testigos, 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 de la causante, la cual no se desvirtúa por el hecho de que en la investigación administrativa se haya llegado a conclusión distinta, ello en atención a que los diferentes medios de prueba que se adosaron al cartapacio dejan evidencia el vínculo afectivo y la comunidad de vida que tuvo el demandante con la causante desde el año 1985 hasta 06 de marzo de 2019 fecha en que se produce su fallecimiento.

Bajo ese contexto, 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 José Daniel Rodríguez Vargas convivió en calidad de compañero permanente con la de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, por lo que forzoso es concluir, entonces, que tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes.

7. Conclusión. Visto lo anterior, 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, a partir del 06 de marzo de 2019, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Rosenda Duarte Cubillos para el momento de su fallecimiento, esto es, un (1) SMLMV.

8. Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 06 de marzo de 2019, la reclamación administrativa se presentó el 22 de marzo de 2019, que fue resuelta a través de Resolución SUB112131 del 10 de mayo de 2019, notificada el 22 de mayo del mismo año, y sobre la cual se interpuso recurso de reposición y apelación, siendo resuelto el de reposición a través de Resolución SUB188134 del 18 de julio de 2019, y el de apelación mediante resolución DPE8060 del 16 de agosto de 2019, notificada el 26 de agosto de 2019, por lo que debía desde allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 18 de agosto de 2020, 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.

9. Retroactivo pensional. Realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$52.287.979**, correspondiente a las mesadas causadas entre 06 de marzo de 2019 y el 31 de marzo de 2023, y a partir del 1º de abril de 2023 **Colpensiones** deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a **\$1.160.000**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de

2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo la señora Rosenda Duarte de Cubillos, fue causada (9 de abril de 1989) con anterioridad a la vigencia del mismo.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2019	3,80%	11,83333333	\$ 828.116	\$ 9.799.373
2020	1,61%	14	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021	5,62%	14	\$ 908.526	\$ 12.719.364
2022	13,12%	14	\$ 1.000.000	\$ 14.000.000
2023		3	\$ 1.160.000	\$ 3.480.000
TOTAL				\$ 52.287.979

10. Descuentos. Se autoriza igualmente a Colpensiones 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.

11. Intereses moratorios. Establecidos 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 sobrevivientes, discutiendo 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"*

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001"*, 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), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también *"cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de Colpensiones al establecer la inexistencia de la convivencia de la pareja, cuando esta se desprende del mismo haz probatorio que con anterioridad se citó. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub iudice, se presentó la solicitud el 22 de marzo de 2019, por lo que la entidad tenía hasta el 22 de mayo del mismo año, para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al actor, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 23 de mayo de 2019, sobre las mesadas causadas desde el 06 de marzo de 2019, como acertadamente lo determinó la a quo, por lo que se impartirá su confirmación.

12. Costas. Costas a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman, dado que de conformidad con el artículo 365, numeral 1º del CGP, la parte vencida debe responder por las costas, sin que tenga vocación de prosperidad la alzada en este ítem, dado que es irrelevante que la entidad sea de carácter público, pues en todo caso ejerció férrea oposición a las pretensiones y resultó vencida.

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 5 de agosto de 2022 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JOSÉ DANIEL RODRÍGUEZ VARGAS, el retroactivo pensional causado desde el 06 de marzo de 2019 hasta el 31 de marzo de 2023, la suma de \$52.287.979. A partir del 1º de abril de 2023, COLPENSIONES deberá pagar al demandante, la mesada pensional equivalente a \$1.160.000, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre de cada anualidad".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del 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 **JOSÉ DANIEL RODRÍGUEZ VARGAS** y a cargo de la demandada **COLPENSIONES**, 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: WILSON NIÑO QUINTERO Y OTROS
Demandadas: OFERTA TEMPORAL S.A.S. Y OTRA
Radicado No.: 39-2020-00136-02
Tema: CULPA PATRONAL- APELACIÓN DE SENTENCIA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Wilson Niño Quintero, Ashly Fernanda Niño Pedraza, Julieth Melitza Niño Pedraza y Yareth Stiwar Niño Pedraza instauraron demanda ordinaria contra Oferta Temporal S.A.S. e Inversiones Primera Ltda, con el propósito de que se declare que entre el primero de los demandantes y la empresa Oferta Temporal S.A.S. existe un contrato de trabajo por obra o labor suscrito desde el 22 de agosto de 2016; que en el accidente que sufrió el 30 de diciembre de 2016 en desarrollo de la vinculación laboral existió culpa suficientemente comprobada por parte del empleador y de manera solidaria de la empresa Inversiones Primera Ltda.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo solicitaron que se condene a las encartadas a pagar conjunta, solidariamente y/o por separado, indemnización plena de perjuicios materiales e inmateriales en los términos del artículo 216 del CST, perjuicios morales causados a Julieth Melitza Niño Pedraza, Yareth Stiwar Niño Pedraza y Ashly Fernanda Niño Pedraza, hijos de Wilson Niño Quintero, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar a la empresa Oferta Temporal S.A.S., desde el 22 de agosto de 2016, a través de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, para desempeñar el cargo de mensajero en la empresa usuaria Inversiones Primera Ltda, devengando la suma de \$720.000. Refirió que para ejercer su labor conducía una moto de propiedad de su hija mayor, razón por la que su empleador le cancelaba un auxilio de rodamiento; que el 30 de diciembre de 2016, sufrió un accidente laboral, siendo diagnosticado con fractura de tobillo, el cual fue reportado a la ARL Axa Colpatria el 2 de enero de 2017.

Precisó que al momento del siniestro se encontraba ejecutando sus labores, sin que la empresa usuaria le haya suministrado dotación necesaria para desempeñar el cargo, además, las codemandadas omitieron su deber de investigar y analizar las causas del accidente de trabajo, de conformidad con el artículo 4º de la Resolución 1401 de 2007. Advirtió que el 13 de marzo de 2019, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que las patologías S820 Fractura de la Rótula Derecha y S826 Fractura del

Maléolo Externo Derecha, tuvieron un origen laboral, con una mengua laboral del 34.98% y fecha de estructuración del 17 de enero de 2018.

Esbozó que, al momento del accidente de trabajo, las codemandadas no le suministraron elementos de protección personal para el cumplimiento de sus labores, ni lo capacitaron sobre los riesgos y peligros de su labor y, la forma en cómo debía prevenirlos o evitarlos, en tanto que no implementaron el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

(Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalFolios1a145, págs. 5 a 31)

2. Contestación de la demanda

2.1. Inversiones Primera Ltda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no es solidariamente responsable de las condenas peticionadas, en la medida que con el actor no celebró ningún contrato de trabajo. Explicó que a través de un contrato comercial celebrado con la sociedad Oferta Temporal S.A.S. requirió la colaboración temporal de un trabajador en misión, a fin de desarrollar actividades de mensajería, en los términos de la Ley 50 de 1990, preceptiva que no dispone expresamente que los usuarios deban responder *in solidum*, frente a las EST y sus trabajadores.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2.1.º a 2.3º, 2.5º al 2.7º, 2.9º, 2.10º, 2.12º a 2.14º, 2.16º a 2.21º, 2.25º, 2.29º y 2.32º. Respecto de los demás señaló no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de vínculo laboral entre la empresa usuaria y el trabajador, inexistencia de la solidaridad en la culpa patronal, cobro de lo no debido y genérica.

(Expediente digital, PDF 04ContestaciónDemandaInversionesPrimera y 11SubsanaciónInversionesPrimera).

2.2. Oferta Temporal S.A.S. En respuesta a la demanda, se resistió a las pretensiones de la demanda, a excepción de la declaratoria tendiente a la existencia de la relación laboral que mantuvo con el trabajador. Consideró que el accidente sufrido por aquel obedeció a que perdió el equilibrio al conducir su propia motocicleta, sin que exista culpa suficientemente comprobada en la ocurrencia del siniestro, en la medida que el vehículo se encontraba en perfecto estado de funcionamiento y su propietario contaba con una vasta experiencia en el manejo de motocicletas, además, como empleador le proporcionó inducción y capacitación sobre los riesgos a los que estaba expuesto, sin que pueda controlar el peligro al que está expuesto en las carreteras de la ciudad.

Atinente a los supuestos fácticos que soporta las pretensiones del libelo introductorio, aceptó los enlistados en los numerales 2.1.º al 2.10º, 2.12º al 2.14º, 2.17º al 2.21º, 2.23º, 2.25º al 2.27º, 2.29º al 2.32º y 2.34º y parcialmente los ordinales 2.11º, 2.16º, 2.28º y 2.35º. Frente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos y como medios exceptivos propuso las de falta de título y causa para pedir, inexistencia de las obligaciones que se pretenden, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 03ContestaciónDemandaOfertaTemporal).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de octubre del 2022, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor entre el actor y Oferta Temporal S.A.S., desde el 22 de agosto de 2016 al 30 de junio de 2021, siendo responsable de los perjuicios causados al trabajador por el accidente ocurrido el 30 de junio de 2016, de conformidad con el artículo 216 del C.S.T. En tal virtud, condenó a la citada sociedad a pagar al demandante lucro cesante, daño en vida relación y perjuicios morales. Denegó las pretensiones incoadas por sus hijos, así mismo, los pedimentos dirigidos a Inversiones Primera Ltda. Por último, gravó en costas a la EST demandada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si estaba acreditada la culpa del empleador en el insuceso que le ocurrió al trabajador y si había lugar a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria convocada. Halló indiscutido que Wilson Niño Quintero sufrió un accidente de trabajo mientras se desempeñaba como trabajador en misión a favor de la empresa usuaria demandada.

Tras memorar el artículo 216 del C.S.T. y jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral y valorar los medios de convicción obrantes en el proceso, asentó que se encontraba probado los elementos estructurantes de la responsabilidad subjetiva del empleador, en la medida que aquel tuvo culpa en la ocurrencia del siniestro acontecido al trabajador y evidenciaba el nexo causal entre las circunstancias que originaron el siniestro y el incumplimiento propio de los deberes de seguridad y salud en el trabajo que tenía como obligación implementar, de allí que debía declararlo responsable y por ende liquidar los perjuicios reclamados.

Atinente al lucro cesante, citó apartes de las sentencias SL5252 de 2019 y SL18360 de 2017 y luego precisó que el salario devengado por el actor al momento de finalización del laborío, esto es, 30 de junio de 2021, correspondió al salario mínimo legal mensual vigente, además, que tuvo una pérdida de capacidad laboral del 34.98%. Conforme a ello, señaló que el lucro cesante consolidado correspondía a la suma de \$7.400.711,08, mientras que el futuro a \$79.300.739,10, para un total de \$86'701.450,18. En la liquidación, tuvo en cuenta frente al primero las fechas de culminación de la relación laboral y nacimiento del promotor del proceso y respecto del segundo, la edad de expectativa de vida; en ambos casos con corte a la fecha de sentencia, esto es, 27 de octubre de 2022.

Respecto a los perjuicios morales, adujo que los familiares que pretenden su reconocimiento deben traer medio de persuasión tendiente a demostrar esa aflicción que sufren, en los términos indicados en sentencia SL1525 de 2016; de tal suerte, que cómo no hay medio probatorio con miras a determinar que efectivamente el accidente de trabajo repercutió en sus hijos, debía absolver a la demandada de esta pretensión.

En lo atinente a la responsabilidad deprecada, estimó que debía discernir si se dan las excepciones establecidas jurisprudencialmente para endilgar responsabilidad al usuario, esto es, si se desbordaron los límites de delegación de la subordinación o si se superó la contratación de un año. Con tal propósito, señaló como no controversial que la EST fungió como empleador del actor, ni que se encontraba el 30 de noviembre de 2016 realizando actividades a favor de la empresa usuaria, de allí que colegía de entrada la falta de acreditación a la primera de las excepciones esgrimidas por la alta Corporación.

Frente a la segunda excepción, recalcó que el vínculo laboral superó el término de un año, sin embargo, apreció que tal circunstancia lo fue en consideración a la estabilidad laboral reforzada que debían garantizar a causa del siniestro que sufrió, de ahí que concluía la falta de acreditación de la exigencia jurisprudencial para declarar la responsabilidad solidaria peticionada. (Expediente digital, audio 33GrabaciónAudiencia20221027).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante formuló recurso de apelación argumentando que la empresa usuaria debe ser declarada responsable de las condenas, en los términos del artículo "36" del C.S.T. y el Decreto 1072 de 2015, toda vez que tenía como obligación dar capacitación al trabajador y suministrar los elementos de protección, en cumplimiento de las normas del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo. En cuanto los montos reconocidos, adujo que el lucro cesante debía liquidarse a partir del 30 de diciembre de 2016 y/o 17

de enero de 2018, hasta el momento en que se emita fallo de primer grado, lo que daría un total por este concepto la suma de \$106.459.318,47. De otro lado, indicó que deben ser reconocidos los perjuicios morales reclamados por sus hijos, dado que aquellos dependían económicamente del trabajador, quien estaba limitado para realizar actividades físicas, generando preocupación por la ocurrencia del accidente de trabajo. (Expediente digital, audio 33GrabaciónAudiencia20221027).

5. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que existió culpa comprobada por el empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió mientras realizaba el cobro de un cheque, situación que es ajena al cargo de mensajería, más cuando la demandada Inversiones Primera LTDA, nunca demostró cuales eran esas funciones operativas y administrativas que llevaron a suscribir el contrato mercantil con ofertas temporales, por lo que no es permisible aplicar las exoneraciones que en esta materia y que pacíficamente predica la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte 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 el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La falladora de primer grado, se equivocó al momento de definir los parámetros de liquidación del lucro cesante consolidado y futuro, tras verificar que el empleador incurrió en culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo?; (ii) ¿Ashly Fernanda Niño Pedraza, Julieth Melitza Niño Pedraza y Yareth Stiwari Niño Pedraza, tienen derecho a la reparación de los daños morales que aducen haber sufrido?; y (iii) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al no declarar la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en la condena impartida, en tanto que lo es por virtud de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, en los términos del artículo 36 del CST?

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 que entre el actor y Oferta Temporal S.A.S. sostuvieron un vínculo laboral entre 22 de agosto de 2016 al 30 de junio de 2021, para desempeñar el cargo de mensajero, prestando sus servicios a Inversiones Primera Ltda, como trabajador en misión y devengando la suma de un salario mínimo legal mensual; tampoco existe controversia en torno a que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 30 de diciembre de 2016, mientras desarrollaba la labor de mensajero, insuceso que le fue calificado como de origen laboral, con una pérdida de capacidad laboral del 34.98%, al que se le atribuye responsabilidad subjetiva al empleador, en los términos del artículo 216 del C.S.T.; ni fue objeto de reproche que al momento del infortunio, el demandante no estaba realizando actividades paralelas y ajenas a las contratadas como trabajador en misión, y si bien su vinculación superó el plazo máximo previsto en la Ley 50 de 1990, ello lo fue a causa de la estabilidad laboral que las demandadas debían garantizar al promotor del proceso.

4. Lucro Cesante. Establecidos los anteriores supuestos, se recuerda que la censura le atribuye un error a la cognoscente de primer grado, al liquidar el lucro cesante tanto consolidado como el futuro, considerando, que no se tuvo en cuenta la fecha de emisión del fallo de primera instancia.

4.1. Lucro Cesante Consolidado. En lo que hace a los materiales irrogados, importa recordar que el lucro cesante consolidado comprende la privación de la utilidad, beneficio,

aumento o provecho que pudiendo percibirse, no se logra por causa de la lesión. Por manera que, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicados N° 35261 del 2010, y 39446 de 2012), el mismo se ha calcular desde la fecha de terminación del contrato laboral a la data de emisión de la sentencia de primer grado (27 de octubre de 2022), actualizando a valor presente el salario devengado por el actor (\$908.526.922), que corresponde a la suma de \$959.602; al tiempo de tenerse en cuenta la pérdida de capacidad laboral que lo fue en un porcentaje del 34.98%, por lo que realizada las operaciones matemáticas de rigor, arroja la suma de \$335.668,78, como lucro cesante mensual. Así las cosas, se obtiene un lucro cesante consolidado de **\$22.224.852,83**, con base en 57,33 meses transcurridos entre la terminación del contrato y la fecha de emisión de la sentencia de primer grado.

4.2. Lucro cesante futuro. En punto a calcular el lucro cesante futuro debe partirse de la operación de multiplicar el monto indemnizable actualizado con deducción de réditos por anticipo de capital (6% anual o 0.5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la aludida fórmula que al efecto establece la jurisprudencia en cita, con base en la expectativa de vida del actor según la Resolución No. 155510 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia (tablas de mortalidad). Así las cosas, se tiene que a la fecha de la providencia de primer grado el actor contaba con 47 años, por haber nacido el 5 de junio de 1975 y su expectativa de vida es de 34,4 años, lo que equivale 412,8 meses, que arrojan un valor por pagar de **\$58.567.507,75**.

4.3. Conclusión. En consecuencia, le corresponde por esos conceptos, la suma total de **\$80.792.361**, valor inferior al que liquidó y condenó la A quo, de ahí que se siga manteniendo incólume la sentencia de primer grado, en lo que hace a este punto objeto de reproche. Lo anterior, a fin de no hacer más gravosa la situación del único apelante.

Liquidación	
Fecha del cálculo	27/10/2022
Género	Hombre
Fecha de nacimiento	5/06/1975
Fecha de estructuración de la PCL o fecha de terminación del contrato	17/01/2018
Salario actualizado a la fecha	959.602
% de pérdida de capacidad laboral	34,98
% lucro cesante	335.668,78
Valor lucro cesante mensual (LCM)	\$ 335.668,78
Edad a la fecha del cálculo	47,42739726
Años de expectativa de vida R-1555 de 2010	34,4
No. de meses a calcular LCC	57,3369863
No de meses expectativa LCF	412,8
Tasa de interés anual (ia)	6%
Tasa de intereses mensual (im)	0.5 %

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	
VA=LCM * Sn	
LCM	\$ 335.668,78
Sn	0,331053321
Sn	66,21066415
VA	\$ 22.224.852,83

LUCRO CESANTE FUTURO	
VA=LCM (1+i) ⁿ⁻¹ i(1+i) ⁿ	
VA=LCM	6,837008054
	0,03918504
VA=LCM	174,4800569
VA=	\$ 58.567.507,75

TOTAL LCC + LCF	\$ 80.792.361
-----------------	---------------

5. Perjuicios morales. En cuanto al resarcimiento de estos perjuicios, la A quo negó su pago a los hijos del señor Wilson Niño Quintero, considerando que no eran procedentes en la medida que, si bien se encuentra acreditado la relación de parentesco, era necesario que los mismos se hallen demostrados, situación que no ocurría dentro del proceso, ante la falta de prueba del daño.

Al margen de lo anterior, de tiempo atrás tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en materia de perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo, es posible en principio presumirlos, a menos que el daño sea invocado por personas ajenas al núcleo familiar del accidentado, a quienes sí les asiste el deber de demostrarlos; igualmente ha sostenido que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor (SL1911-2019, SL4665-2018, SL32720 de 2008, entre otras).

Con fundamento en lo anterior, acierta la censura cuando le achaca un desacierto a la juez de primer grado, al exigirle a los hijos del gestor de la litis acreditación de los perjuicios morales irrogados, sin tener en cuenta que los mismos deben presumirse, en tanto que le corresponde a la pasiva derribar la presunción *iuris tantum* con la prueba del hecho contrario. En este sentido, en sentencia SL4213 de 2019, se dijo al respecto:

“En efecto, esta Corporación ha adoctrinado en la sentencia CSJ SL del 6 de jul. 2011, rad. 39867, reiterada por la CSJ SL13074-2017, que *«los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados»*; los primeros, son aquellos resultantes *«de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso»*; mientras que los otros son los que *«exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, [p]síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir»*.

Así mismo, como se señala en la anterior providencia, no es suficiente con asegurar que un hecho dañoso -accidente laboral o enfermedad laboral-, ha originado un perjuicio moral, sino que *«hay que comprobar los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima y la incidencia de aquel insuceso en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador»*.

Igualmente, debe tenerse presente, que el aludido fallo recordó lo ilustrado en la CSJ SC del 5 de may. 1999, rad. 4978, en punto a que la **«Presunción de hombre (presunción hominis) o presunción judicial»**, que ha de entenderse: (Negrilla del texto original)

[...] *como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge»*.

Lo anterior significa que se presume el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de crianza.

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron.

Adicionalmente, en la publicitada sentencia esta Sala también reiteró lo asentado en la CSJ SL,15 oct. 2008, rad. 32720, allí se dijo que:

[...] *el pretium doloris o precio del dolor, como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera. Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo."*

Posición que ha sido pacífica y reiterativa por el citado máxima Corporación de la jurisdicción laboral, tal como lo fue en sentencias SL4223-2022, SL187-2022, SL3749-2021, SL2665-2021, SL5656-2021, SL5686-2018, SL-4794-2018, SL1525-2017, SL10194-2017, SL17547-2017, rad. 29644 -2007, rad. 32.720-2008 y rad. rad. 42433-2013, entre otras.

Ante ese panorama jurisprudencial, fue un hecho indiscutido en el proceso la relación de parentesco entre el señor Wilson Niño Quintero y Ashly Fernanda Niño Pedraza, Julieth Melitza Niño Pedraza y Yareth Stiwari Niño Pedraza, circunstancia que se logra además acreditar con los registros civiles de nacimiento con núm. serial 22893648, 29830981, 40198650, que fueron allegados junto con la demanda.

En cuanto a la incidencia del accidente de trabajo en los sentimientos íntimos de sus hijos por la conducta del empleador, ha de decir la Sala que en el plenario no se halla medio de persuasión tendiente a derribar la presunción de la que se benefician, por el contrario, se ratifica con el hecho de que a consecuencia del accidente de trabajo que sufrió su ser querido, tuvieron que sortear la calamitosa situación de su salud y evolución clínica, lo que de por sí trae consigo aflicción, angustia o dolor y la obvia afectación psicológica y familiar. Conclusión a la que se arriba luego de verificar que le fue diagnosticado fractura de la rótula (derecha) y del maléolo externo (derecha), motivo por el que se vio en imposibilidad de caminar, condición que se mantuvo desde que recibió tratamiento médico por distintas especialidades, pues así se registra en las historias clínicas del 3 de enero y 14 de junio de 2017, y hasta la fecha en que le fue calificada la pérdida de capacidad laboral del 13 de marzo de 2019, de la que se extrae que deambula con apoyo de bastón.

Así las cosas, es innegable para la Sala que el accidente laboral que sufrió su progenitor los ha afectado emocionalmente, máxime cuando producto del mismo, comprometió su movilidad al punto que le causó una pérdida de capacidad laboral del 34.98%, permitiendo deducir con ello la generación del daño, por lo que se tendrá como suma representativa de los perjuicios causados Ashly Fernanda Niño Pedraza y Yareth Stiwari Niño Pedraza, el equivalente a 15 SMLMV para cada uno de ellos, en la medida que para la fecha del siniestro (30 de diciembre de 2016) y durante el tiempo que perduró el tratamiento médico hasta la fecha de calificación de la mengua laboral de su padre (13 de marzo de 2019) apenas tenían la edad de 12 y 17 años, por haber nacido el 12 de mayo de 2006 y 6 de abril de 2000, calidad que los hace meritorios de una "*compensación en atención a los padecimientos y afecciones de su padre, como que, aquel tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa y, si se ve afectada por un acto antijurídico*" (SL187-2022); mientras que a Melitza Niño Pedraza corresponde a 10 SMLMV, pues para esta última calenda contaba con 23 años y, por tanto, en consideración de la Sala tal suma dineraria resarce la aflicción íntima que padeció con ocasión de los perjuicios causados a su padre, en su condición de hija mayor de edad.

En ese sentido, se revocará el numeral 4º de la sentencia confutada.

6. Responsabilidad solidaria. De cara al primer argumento expuesto por la censura, según el cual la Juzgadora de primer grado no tuvo en cuenta la existencia de solidaridad de Inversiones Primera Ltda, en la medida que, al ostentar su condición de empresa usuaria, debió asumir conjuntamente el pago de la indemnización plena de perjuicios, en los términos del artículo 36 del C.S.T.; precisa la Sala que la citada disposición señala que

"Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión." Dicha figura jurídica, hace extensiva las obligaciones surgidas con ocasión del contrato laboral, a las sociedades de personas y sus miembros, atribuyéndose responsabilidad solidaria en la satisfacción de los créditos sociales insolutos, misma que no opera de pleno derecho si no que debe ser declarada a través de decisión judicial.

Bajo ese entendimiento, fácil resulta concluir que se equivoca el apoderado judicial del demandante al reprochar la inaplicabilidad de la responsabilidad solidaria contemplada en el artículo 36 del C.S.T., pues si bien la empresa usuaria Inversiones Primera Ltda es una empresa de personas, de manera que sus socios pueden concurrir a responder por las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, lo cierto es que para que pueda predicarse esta clase de solidaridad, es condición natural que además de que los socios concurren al proceso, entre el trabajador y la sociedad limitada exista un nexo laboral que los vincule, situación que en el presente asunto no ocurre, si tiene en cuenta que la parte demandante aceptó desde el libelo demandatorio que celebró contrato de trabajo con la empresa temporal de servicios demandada y que por causa de ello, como trabajador en misión, prestó sus servicios personales a favor de la empresa usuaria.

Por consiguiente, no puede esta Sala concebir la existencia de responsabilidad solidaria en la indemnización plena de perjuicios condenada, máxime cuando la norma sólo debe aplicarse bajo las directrices legales en ella consagrada, mismas que no concurren en el caso bajo examen.

Ahora, señala la censura que Inversiones Primera Ltda debe concurrir como solidaria responsable respecto de las condenas impartidas a la empresa de servicios temporales, considerando que como empresa usuaria tenía obligación de brindar capacitación y suministrar elementos de protección, en cumplimiento de las normas del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Atinente a este aspecto, cumple recordar que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria, de suerte que no están en la obligación de responder por las acreencias surgidas de la contratación de laboral y salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos del artículo 78 de la Ley 50 de 1990, tampoco a reconocer contingencias originadas en la culpa patronal por accidente de trabajo, a menos, en este último caso, que se contrate de forma ilícita y fraudulenta a la Empresa de Servicios Temporales, (i) bien sea para mimetizar la figura del verdadero empleador o porque el objeto contractual excedió los límites temporales de la actividad en misión; (ii) o cuando la empresa usuaria impone al trabajador actividades diferentes a las propias del cargo; excepciones que por vía jurisprudencial se han admitido para endilgarle responsabilidad solidaria a la empresa usuaria (SL-2037-2020 y SL178-2020).

Ahora, de los reproches endilgados podría deducir que lo determinante de la solidaridad que se pretende, es la conducta omisiva de la empresa usuaria en el cumplimiento a las normas del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la medida que, por falta de capacitación y entrega de elementos de protección personal, precipitó la ocurrencia del siniestro.

Bajo ese horizonte, siendo cierto, que por regla general las empresas usuarias no están llamadas a responder de forma solidaria por el daño causado a los trabajadores que concurren a ella en misión, es claro que a la sociedad codemandada por ese hecho, tampoco se le puede endilgar responsabilidad alguna en el siniestro, como lo pretende erróneamente la censura, en la medida que la norma que regula el servicio temporal no lo contempla de esta forma y aunque es cierto que Inversiones Primera Ltda, puede contraer obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando se trata de trabajadores en misión, tal obligación lo es con la empresa de servicio temporal, en la medida que esta última es responsable de la salud ocupacional de sus colaboradores en los términos del artículo 78 de la Ley 50 de 1990.

Por consiguiente, no es posible afirmar entonces que, la falladora de primer grado desconoció las enseñanzas jurisprudenciales referidas, que señalan que las empresas usuarias no están llamadas a reconocer contingencias originadas en la culpa patronal por accidentes de trabajo; tampoco se equivocó cuando concluyó que por las circunstancias en que se produjo el insuceso y por ser el demandante trabajador en misión, vinculado directamente a la empresa de servicios temporales, no se hallaban probadas las circunstancias que admiten excepcionalmente la responsabilidad solidaridad, pues siendo un hecho indiscutible por las partes que el actor mantuvo un vínculo de trabajo con Oferta Temporal S.A.S. y que en razón a ello fue enviado en misión a Inversiones Primera Ltda, para desempeñar el cargo de mensajero, actividad que realizó dentro de los límites de contratación del servicio temporal, mal podría responder por la indemnización integral de perjuicios.

Razones más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó la Juez de primer grado, encaminada a no reconocer la responsabilidad solidaridad pregonada, pues, contrario a lo dicho por la crítica, ningún dislate incurrió.

7. Costas en esta instancia. Por no haber prosperado en su integridad el recurso de apelación, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada.

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: REVOCAR el numeral 4° de la sentencia proferida el 27 de octubre del 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a **OFERTA TEMPORAL S.A.S.**, a pagar a favor de **ASHLY FERNANDA NIÑO PEDRAZA, JULIETH MELITZA NIÑO PEDRAZA y YARETH STIWAR NIÑO PEDRAZA**, las siguientes sumas de dinero:

- A **ASHLY FERNANDA NIÑO PEDRAZA y YARETH STIWAR NIÑO PEDRAZA**, la suma equivalente a 15 SMLMV para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales.
- A **JULIETH MELITZA NIÑO PEDRAZA** la suma equivalente a 10 SMLMV por concepto de perjuicios morales.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME**, la sentencia apelada.

TERCERO: 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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *CAROLINA SANTANA DE RUIZ*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-025-2019-01007-01*
ASUNTO: *APELACIÓN*
TEMA: *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA*

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. La señora Carolina Santana de Ruiz a través de mandataria judicial instauró demanda laboral contra COLPENSIONES, con el fin de que se declare que en calidad de cónyuge superviviente es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa, conforme lo establece el Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 21 de marzo de 2005, el retroactivo pensional, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de manera subsidiaria la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Joselin Ruiz Castro falleció el 21 de marzo de 2005; que el causante cotizó al sistema de seguridad social en pensiones un total de 621.13 semanas antes del 01 de abril de 1994; que Joselin Ruiz Castro contrajo matrimonio con Carolina Santana de Ruiz el 23 de agosto de 1958 y se mantuvo tal vínculo hasta el 21 de marzo de 2005; que antes del 01 de abril de 1994 contaba con más de 300 semanas; que el 31 de octubre de 2018 solicitó el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES, pero le fue negado a través de resolución SUB143236 del 6 de junio de 2019, decisión confirmada mediante Resolución DPE7667 del 09 de agosto de 2019. (Fols. 2 a 16 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 90 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación COLPENSIONES. Se opone a todas las pretensiones invocadas con sustento en que el causante Joselin Ruiz Castro, no cumple con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores al fallecimiento, por lo que no dejó causado el derecho. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Fols. 93 a 101 archivo No 01).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, absteniéndose de gravar en costas. (fs. 197 archivo No 01 y archivo No 06 Audiencia).

Razonó el juzgador de instancia frente al reconocimiento pensional, que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Joselin Ruiz Castro falleció el 21 de marzo de 2005, le resulta aplicable el artículo 12 de la ley 797 de 2003, el cual exige que el causante haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, siendo que entre el 21 de marzo de 2002 y el 21 de marzo de 2005, no cuenta con ninguna semana.

Ahora, frente a la condición más beneficiosa, adujo que, de conformidad con el criterio sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras la SL1938-2020 y SL3139-2020, no puede el juzgador bajo tal principio hacer una búsqueda histórica de la norma aplicable, sino que solo se puede aplicar la norma inmediatamente anterior. En el caso concreto, no se puede bajo el principio de la condición más beneficiosa remitirse al Acuerdo 049 de 1990, ya que la norma inmediatamente anterior es la Ley 100 de 1993, en su versión original, la cual exige tener 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de fallecimiento si había dejado de cotizar, o 26 semanas al momento de la muerte si se encontraba cotizando, lo que no dejó cumplido el causante, dado que su última cotización fue el 30 de abril de 1993.

Así las cosas, concluyó que el señor Joselin Ruiz Castro no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes que pretende la actora, impartiendo absolución.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por la parte demandante, quien solicitó que se revoque la decisión de instancia, ya que se lograron acreditar los requisitos establecidos para el reconocimiento pensional, en tanto se demostró el vínculo personal y dependencia económica de la demandante frente a su esposo en calidad de cónyuge supérstite; que se debe dar aplicación a la sentencia SU005-2018, relativa al test de procedibilidad, el cual los cumple; que en materia de pensión de sobrevivientes no se estableció un régimen de transición en la Ley 797 de 2003, ni en la Ley 100 de 1993 en su versión original; que el principio de la condición más beneficiosa permite garantizar el derecho pensional; que si bien el afiliado falleció en vigencia de la ley 797 de 2003, sin acreditar el número mínimo de semanas, el mismo si acredita los requisitos mínimos con respecto al acuerdo 049 de 1990; que precisamente la condición más beneficiosa permite que, si dentro de las reglas vigentes no se cumplen los requisitos, debe evaluarse si con otra normatividad derogada es posible conceder el derecho, además que cumplió con el requisito de densidad de semanas; que debe tenerse en cuenta los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad, ya que cumplió cabalmente con su deber de solidaridad aportando un monto considerable de semanas, lo que le permite a sus beneficiarios disfrutar de una prestación de la seguridad social.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que dentro de la litis se logró acreditar de manera completa los requisitos establecidos para el reconocimiento de la prestación, esto es, el vínculo personal y dependencia de económica frente a su esposo en calidad de Conyugue Supérstite.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que el causante Joselin Ruiz Castro, no cotizó las 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, por lo tanto, no cumple los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante 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.

2. Problemas Jurídicos. Centra la atención de la Sala en establecer: ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge bajo el postulado de la condición más beneficiosa, conforme a la sentencia de unificación SU 05-2018?

3. Fallecimiento. El señor Joselin Ruiz Castro (Q.E.P.D) falleció el 21 de marzo de 2005, según registro civil de defunción (Fol. 1 Archivo No GEN-RCD-AP-2013).

4. Normatividad aplicable. Como claramente lo asienta la jurisprudencia del máximo tribunal al puntualizar: *"el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la ley que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado."* (SL4559-2019).

Para establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente deprecada, debemos remitirnos al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, que señala que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado **50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento**, densidad cotizacional que no se cumple en el presente caso, pues entre el 21 de marzo del 2002 y el 21 de marzo del 2005 (fecha del fallecimiento) el causante no cuenta con **ninguna semana cotizada**, según se advierte de la historia laboral allegada en el expediente administrativo, visible a folio 36 archivo No 01, en la que se reporta como último ciclo cotizado por el causante el de **abril de 1993**, no dejando en consecuencia causado el derecho a la pensión de sobreviviente al amparo de esta normatividad para sus beneficiarios.

Ahora, en cuanto a la remisión de la norma inmediatamente anterior, esto es, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su tenor original, que disponen que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo si estaba cotizando activamente al momento de la muerte; o hubiere aportado veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, de no estar cotizando activamente, resultaba inane hacer alguna disquisición por el juez de instancia, ello en atención a que la última cotización fue en abril de 1993, por lo que no cuenta con ninguna cotización durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta cuando entró a regir la Ley 797 de 2003. Además, si se tiene en cuenta el libelo genitor, la parte demandante desde sus albores peticona la aplicación de la condición más beneficiosa con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, lo que daba lugar a estudiar si era procedente, concluyendo el a quo en acogimiento del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que no era dable efectuar una búsqueda histórica de normas para establecer cual se adecua a la situación del actor, siendo lo pertinente aplicar únicamente la inmediatamente anterior.

En ese sentido, como la alzada va referida a que se aplique la condición más beneficiosa de que trata la sentencia SU005-2018, se procederá a su estudio.

5. Principio de la condición más beneficiosa. Debe recordar la Sala que conforme al criterio de nuestra CSJ en la sentencia SL 4457-2014, reiterada en la sentencia SL 3229-2018, el Juez es quien debe buscar las normas aplicables a cada caso, en consecuencia, como la demandante no cumple con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, se pasará a estudiar si al presente caso le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: **(i)** opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador **no consagró un régimen de transición**, **(ii)** para su aplicación se debe **cotejar** una norma derogada con una vigente y **(iii)** el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con **la nueva ley se les desmejora**. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarles el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

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

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

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que esta Sala toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la ley 100 y la ley 797/03, como se advierte en las sentencias 4650/17 y SL658/18. En consecuencia, esta sala acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, unificada actualmente en la sentencia **SU 005 del 2018**, aplicando para tal efecto cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes

pretendan la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cujus, como lo advierte nuestra alta corporación de justicia Constitucional.

6. Caso concreto Acuerdo 049 de 1990. Teniendo en cuenta lo anterior, pasa la Sala a examinar si la demandante cumple con las 5 condiciones necesarias y concurrentes que conforman el test de procedencia, contenidas en la sentencia SU 005 del 2018, a efecto de determinar si se encuentra en **condición de vulnerabilidad** que permita la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, advirtiendo previo a ello, que según el reporte de cotizaciones, aceptado por Colpensiones en la Resolución SUB143236 del 06 de junio de 2019 (Fols. 50 archivo No 01), JOSELIN RUIZ CASTRO (q.d.e.p) contaba con **565** semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Test de Procedencia		
Primera condición	<p>Pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como: analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.</p>	<p>La demandante María Dolores Galindo Morales contaba con 82 años de edad para la fecha en que instauró la presente acción judicial, pues nació el 08 de octubre de 1987 como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 17 archivo No 01, integrando el grupo etario de la tercera edad al acreditar una edad superior a los 60 años, conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-047/15 y T-082/18, con apoyo en los arts. 46 de la Constitución Nacional y 7 de la Ley 1276 de 2009.</p> <p>Por tanto, cumple con este primer requisito al pertenecer a un grupo poblacional de especial protección constitucional.</p>
Segunda condición	<p>Afectación directa al mínimo vital, y en consecuencia, a una vida en condiciones dignas por la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.</p>	<p>Este requisito ha de analizarse con posterioridad al fallecimiento del afiliado, puesto que versa sobre las condiciones materiales de vida que la persona afronta ante la muerte del causante. En otras palabras, lo que exige el referido test de procedencia en este punto, no es un análisis de dependencia económica de la demandante al momento del fallecimiento del afiliado, sino que se aviene a determinar si la falta de reconocimiento de la prestación económica de sobrevivencia pone en situación de vulnerabilidad a la parte actora.</p> <p>Presupuesto que no logra acreditarse en el proceso, pues si bien es cierto, se arrimaron al proceso los testimonios de María Irene Miñez (quien dijo ser amiga y vecina de la demandante y conocerla hace 30 años) y Segundo Carlos Alejandro Wagner (quien dijo conocerlos desde cuando él era joven, esto es, hace 45 años) quienes manifestaron que la demandante no recibe ningún ingreso, ni pensión, y que dependía económicamente del de cujus, lo cierto es que se desconoce la razón de su dicho, pues nunca fueron indagados sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por tanto la Sala desconoce si los declarantes tenían un conocimiento directo de los hechos debatidos en este asunto, ya que solo manifestaron aspectos generales, incluso, en lo que refiere a este requisito, la primera deponente dijo</p>

		<p>que son los hijos los que actualmente cuidan a su madre, y por parte del segundo testigo se dijo que "fue ella la que inició la panadería".</p> <p>Como se expuso, la accionante cuenta con por lo menos tres de los 9 hijos mayores de edad quienes cuidan de ella, y quienes tienen en su conjunto tienen el deber alimentario para con su progenitora, sin que al plenario se hubiera aportado prueba de alguna imposibilidad para su cumplimiento.</p> <p>Al respecto, nuestra H. Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-005 de 2018 que con sólo demostrarse la existencia de obligación alimentaria por parte de hijos mayores, no se configura la vulneración tal situación, como advirtió al señalar que "[la accionante] cuenta con la ayuda de sus 8 hijos mayores de edad, quienes tienen para con ella el deber legal de cubrir sus necesidades básicas y un deber de solidaridad derivado de la relación de consanguinidad que los une (...) [por lo cual] no puede ser considerada como una persona en situación de vulnerabilidad".</p> <p>De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la demandante vio afectado su mínimo vital ante el fallecimiento del Ruiz Castro.</p>
<p style="text-align: center;">Tercera condición</p>	<p>Dependencia económica del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso.</p>	<p>Tampoco se acredita este requisito, pues se reitera que, aunque los testigos María Irene Miñez y Carlos Alejandro Wagner manifestaron que la demandante dependía económicamente de su cónyuge el señor Ruiz Castro, no expusieron la razón la razón de su dicho, pues solo se limitaron a realizar una afirmación sin exponer el contexto en que percibieron el hecho.</p> <p>Adicionalmente, dichas declaraciones se encuentran en contravía de la prueba documental en la que se evidencia que mientras el causante sólo logró cotizar hasta el año 1993, para esa época, su sustento económico lo era del negocio que tenía la demandante, pues no de otra manera el testigo Carlos Alejandro Wagner manifestó que "fue ella la que inició la panadería". Además debe tenerse en cuenta que el señor Joselin Ruiz Castro falleció el 21 de marzo de 2005, es decir, que no se logra extraer de la prueba testimonial que la actora haya dependido económicamente del de cujus, pues se tiene total incertidumbre de la labor o trabajo que aquel desempeñaba durante ese lapso del año 1993 a 2005, aspecto que nada se dijo por la testimonial.</p>
<p style="text-align: center;">Cuarta condición</p>	<p>Circunstancias de imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones del causante.</p>	<p>En relación con este tópico, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala ninguna prueba que permita establecer que el señor Joselin Ruiz Castro, se encontrara en circunstancias que no le permitieran cotizar al Sistema General de Pensiones, máxime cuando ninguna alusión a este aspecto se dijo en los hechos de la demanda, siendo un tiempo considerable el que dejó de realizar aportes, esto es, aproximadamente 12 años desde su última cotización (abril de 1993) hasta la fecha de fallecimiento (marzo de 2005).</p>

Quinta condición	El accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Frente a este presupuesto, tampoco logra acreditarse, dado que Joselin Ruiz Castro falleció el 21 de marzo de 2005, y solo el 31 de octubre de 2018 se presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, para lograr el reconocimiento de la prestación económica, esto es, transcurridos más de 13 años después del deceso.
-------------------------	--	---

Precisado lo anterior, es claro que aunque se logró acreditar el requisitos cotizaciones de 300 semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que, la demandante no probó las cinco (5) condiciones exigidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, proferida con antelación a la fecha de radicación de la demanda, constitutivas del test de procedibilidad, por tanto, no puede ser considerada como una persona vulnerable y en consecuencia, no resulta beneficiaria de la aludida normatividad en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia, pero por las razones aquí esgrimidas.

7. Costas. Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

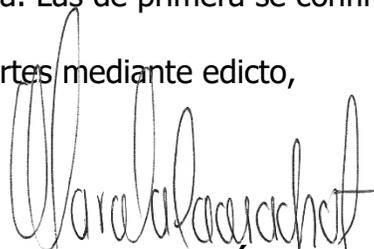
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, pero de conformidad con las consideraciones atrás vertidas.

SEGUNDO: 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
Aclara Voto



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JESÚS ANTONIO BELTRÁN SILVA
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 26-2018-00512-01
Tema: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA– RELIQUIDACIÓN
PENSIÓN DE VEJEZ- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Jesús Antonio Beltrán Silva instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, le es aplicable a su situación pensional lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se dispusiera a su favor la reliquidación de la pensión de vejez, con un IBL correspondiente al 90%, desde el cumplimiento de los 60 años, es decir, a partir del 25 de julio de 2015. Así mismo, pidió el reconocimiento y pago del incremento del 14% y 7% por su esposa e hijo discapacitado a cargo, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, diferencias pensionales causadas junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, 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 25 de julio de 1955 y cuenta con un total de 1.843 semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida, por lo que al 1º de abril de 1994, contaba con más de 15 años de cotización. Refirió que el 28 de septiembre de 2017, solicitó ante la encartada reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que le fue concedida por medio de Resolución SUB 233500 de 2017, efectiva a partir del 1º de octubre del mismo año, con una tasa de reemplazo del 76.22%. Explicó que convive con la señora Alexandra Patricia Suarez Miranda y sus hijos discapacitados Jennifer Paola Beltrán Suarez y Esteban Alejandro Beltrán Suarez, quienes dependen económicamente del pensionado, pues no reciben pensión, ni renta alguna. (Expediente digital, PDF 01DemandaYAnexos, págs. 2 a 11)

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 descender el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que al actor no cumple con la totalidad de requisitos exigidos por la Ley 100

de 1993 y Decreto 758 de 1990, a lo que suma que los incrementos pensionales perdieron vigencia ante la entrada de la citada ley. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° al 12° y respecto de los demás señaló no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y caducidad, no configuración al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 07ContestaciónDemanda)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero del 2023, en la que la falladora absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal decisiva indicó que Colpensiones mediante Resolución SUB 233500 del 23 de octubre de 2017, reconoció pensión de vejez al actor de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, al acreditar un total de 1.848 semanas de cotización y con 62 años de edad, aplicando un IBL de \$6.316.925 y una tasa de reemplazo del 76.22%, arrojando una primera mesada pensional de \$4.814.760 a partir del 1° de octubre del mismo año. Advirtió que aquel nació el 25 de julio de 1955, con lo cual, y a fin de establecer es beneficiario del régimen de transición, trajo a colación lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en dicha disposición, adujo que al 1° de abril de 1994 contaba con 38 años y 646.39 semanas de cotización, de ahí que no cumple con los requisitos para acceder al beneficio del régimen de transición, razón suficiente para no acceder a las pretensiones de la demanda, si se tiene en cuenta que no le es aplicable el Decreto 758 de 1990, ni los incrementos pensionales por persona a cargo dado que su origen se encuentra en la citada norma, máxime cuando Colpensiones reconoció a tiempo y en debida forma la pensión de vejez en términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. (Expediente digital, audio 18SentenciaPrimeraInstancia)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, los incrementos establecidos por el Decreto 758 de 1990, perdieron vigencia, desapareciendo de la vida jurídica, toda vez que estos no se encuentran señalados en la disposición citada y el artículo 36 únicamente mantuvo las condiciones de edad tiempo y monto, sin referirse a prestaciones distintas.

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) ¿El actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto, le asiste derecho a que se le reliquide la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990?; (ii) ¿Los incrementos por personas a cargo establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes? En caso afirmativo (iii) ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario?

3. Supuestos fácticos no controvertidos por las partes. 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 mediante Resolución SUB 233500 del 23 de octubre de 2017, Colpensiones reconoció al actor una pensión de

vejez a partir del 1° de octubre del mismo año, en cuantía inicial de \$4.814.760, determinación confirmada mediante resoluciones SUB 142026 del 26 de mayo de 2018, SUB 180684 del 6 de julio de 2018 y DIR 13158 del 17 de julio de 2018. Se desprende de los actos administrativos que el derecho pensional se concedió a la luz de la Ley 797 de 2003, con 1.848 semanas y 62 años, que se advirtieron satisfechos el 25 de julio de 2017.

4. Régimen de transición. Así las cosas, la primera discusión conforme la plantea la parte actora radica en que la pensión reconocida debió ser concedida de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que debió aplicarse una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación de lo devengado en toda su vida laboral, por tener más de 1.250 semanas liquidadas.

Acorde con la situación planteada, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1° de abril de 1994, normatividad que de acuerdo con los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- Edad
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y
- Monto de la pensión de vejez, entendiéndose como tal el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Es así como el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 autorizó a quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1.º de abril de 1994- tuvieran 35 o más años de edad en el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el de los hombres o 15 o más años de servicios cotizados, reconocer la pensión de vejez con las normas contenidas en el régimen anterior que resulte aplicable y que depende de las condiciones que el afiliado acredite al momento de entrar en vigor el sistema general de pensiones; dichas personas podrán acceder a tales prerrogativas con el cumplimiento de una o de ambas condiciones.

Ahora, respecto del **Ingreso Base de Liquidación** de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les **faltare menos de 10 años para adquirir el derecho** que *"será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior"* o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones **les faltare 10 o más años para consolidar el derecho** a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación se determina con *"el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia"* o *"Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo"*.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3696 del 29 de agosto de 2018, precisó al respecto que:

"Aunado a lo anterior, la Sala ha dicho que a los beneficiarios del régimen de transición que les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, les resulta aplicable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a quienes les falta un tiempo superior, el ingreso base de liquidación debe ser el contemplado en el artículo 21 de la citada normatividad."

Con fundamento en lo anterior, es claro que el marco normativo de las pretensiones de la demanda lo constituye el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que, verificada la edad del actor y el número de semanas acreditadas al 1° de abril de 1994, se concluye que la A quo no se equivocó cuando concluyó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que el señor Jesús Antonio Beltrán Silva a dicha fecha tan solo contaba con 38 años cumplidos, por haber nacido el 25 de julio de 1955 y un total de 4.552 días, equivalentes a 650.27 semanas y 12.64 años, esto es, por fuera de los límites normativos establecidos, para ser acreedor de dicho beneficio y por ende de la norma que lo gobernaba previa a la expedición de la citada ley.

Planteadas, así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en el sentido de que el actor no es beneficiario del régimen de transición y por ende del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, tal y con acierto lo coligió la falladora de primer grado.

5. Reliquidación pensional. Teniendo en cuenta que no salió avante la pretensión tendiente a que se declare que es beneficiario del régimen de transición, la petitoria de reliquidación pensional y pago de diferencias pensionales con base en el Acuerdo 049 de 1990, seguirá su misma suerte, como quiera que aquella está edificada sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera.

6. Incremento pensional del 14%. La cuestión ahora que dilucidar se centra en establecer si al demandante le asiste el derecho a incrementar la cuantía de su pensión de vejez en un porcentaje del 14%, conforme lo establece el artículo 21 del Acuerdo No. 049 de 1990.

En el caso de marras, al haberse determinado que el actor no está amparado por el beneficio de la transición, resulta incontrovertible entonces que no hay lugar al incremento petitionado porque al ser la Ley 797 de 2003 el estatuto legal que fundamentó el reconocimiento de la prestación económica a éste, la pretensión en tal sentido no está llamada a prosperar, toda vez que dicha prerrogativa no los autorizó, ni tampoco los consagró, resultando innecesario realizar el estudio en torno a la vigencia de los previstos en el Acuerdo 049 de 1990.

Conllevan los anteriores razonamientos a desestimar las súplicas de la demanda y, por ende, a confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto, por las razones aquí señaladas.

7. Intereses moratorios. 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, discutiendo 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."*

En el caso de autos, la Sala no evidencia demora en el derecho pensional, de ahí que no haya lugar a prohiñar que se causaron los réditos reclamados, tal y con acierto lo concluyó

la juez de primigenia. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la solicitud pensional se presentó el 28 de septiembre de 2017, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 28 de enero del 2018, para reconocer el derecho reclamado, hecho que aconteció dentro de dicho límite temporal, pues la pensión de vejez al actor se concedió mediante Resolución SUB 233500 del 23 de octubre de 2017, a partir del 1º de octubre de 2017.

Así las cosas, como no hay lugar a ordenar el pago de los intereses moratorios reclamados se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

8. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. 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 7 de febrero del 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. 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: CHARLES HERMES TARQUINO RODRÍGUEZ
Demandada: CONSORCIO EXPRESS S.A.S.
Radicado No.: 08-2020-00432-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DE SENTENCIA- REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Charles Hermes Tarquino Rodríguez, instauró demanda ordinaria contra Consorcio Express S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que finalizó de manera ilegal por parte del empleador y sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de salarios, cesantías y sus intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, aportes al subsistema de seguridad social en pensión, indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997, 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 suscribió con la encartada el 20 de marzo de 2016, contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de operador de bus zonal, percibiendo como última asignación salarial la suma de \$1.002.599. Narró que desde mayo de 2017 venía padeciendo de diferentes patologías médicas, tales como falla cardíaca por cardiopatía isquémica y fevi deprimida, por consiguiente, el empleador por medio de salud ocupacional emitió recomendaciones laborales, mismas que fueron expedidas hasta 15 de octubre de 2019.

Explicó que el proceso disciplinario adelantado en su contra estuvo relacionado con la publicación de un video en redes sociales, en el que se observa al señor Julián López, empleado de la sociedad, notificando los descuentos que se le iban a efectuar por daños ocasionados a la flota que jamás autorizó, ni ocasionó, dado a que fueron causados por dos personas que se desplazaban en motocicletas, quienes arrojaron una papa a la ventana del bus, lo que causó avería a la unidad lógica del vehículo. Indicó que el video no fue publicado por él, además, la empresa nunca logró demostrar la publicación por parte de él, ni el irrespeto del que se le acusa. Preciso que, aunque seguía enfermo, en tratamiento médico y con recomendaciones médicas vigentes, fue despedido aduciendo justa causa el 10 de octubre de 2019. (Expediente electrónico, PDF 03Demanda).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que si bien entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el mismo finalizó

con justa causa el 10 de octubre de 2019, conforme a lo previsto en los numerales 2 y 6 del artículo 62 del C.S.T., decisión que se fundamentó en los hallazgos que determinaron que el actor había grabado al señor Julián López, sin previa autorización de éste o de la empresa, mientras el trabajador desempeña sus funciones en las instalaciones de Consorcio Express y difundió dicho video, situándose a la señalada persona en peligro y afectando la reputación de la sociedad.

Refirió que no existió obligación alguna en cabeza de la empresa en solicitar autorización al Ministerio de Trabajo, dado que el finiquito laboral se dio con justa causa, además, el actor no estaba protegido conforme a los presupuestos de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia, pues las recomendaciones médicas que expidió no dan cuenta de una limitación significativa, en tanto que estas nunca señalaron no podía desarrollar sus funciones como Operador Zonal.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2º y 4º relacionados con la fecha de iniciación del contrato de trabajo y el cargo desempeñado por el actor. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa del demandante, prescripción, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 13ContestaciónDemanda432).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre del 2022, en la que la falladora declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y, en tal virtud, absolvió a la encartada de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra, sin costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar, si el despido del demandante requería autorización del Ministerio de Trabajo y en caso afirmativo si le asiste derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales solicitadas en el libelo incoatorio. A ese propósito, lo primero que advirtió fue la falta de discrepancia en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre Charles Hermes Tarquino Rodríguez y Consorcio Express S.A.S., sus extremos, cargo desempeñado y salario, como tampoco que el vínculo feneció por decisión unilateral aparentemente justificada por el empleador.

En esa medida, y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que le corresponde al demandante probar el hecho del despido, estado de incapacidad o discapacidad calificada o estado de debilidad manifiesta y que la misma haya sido informada a su empleador; acreditado lo anterior, se traslada la carga de la prueba en cabeza de la parte demandada, quien deberá demostrar la autorización del Ministerio de Trabajo, para terminar el vínculo laboral o que el despido obedeció a una justa causa no derivada del estado de salud del trabajador.

Bajo ese norte, se adentra al análisis de los medios probatorios, para significar que el actor cuenta por lo menos desde el mes de abril del año 2017, con enfermedad coronaria, sufriendo un infarto agudo de miocardio, lo que condujo a que le fuera practicado procedimiento médico denominado cateterismo cardiaco, siendo incluido por parte de la EPS en el programa de falla cardiaca. Indicó que el empleador hizo seguimiento a las recomendaciones generadas por el médico ocupacional, ubicándolo temporalmente en actividades de organización de archivos entre el 31 de mayo al 10 de octubre de 2017, además, que para dicha calenda la EPS emitió recomendaciones para que pudiera iniciar sus actividades laborales.

Así, luego de citar los hallazgos médicos del actor, así como los interrogatorios y testimonios practicados, indicó que a la finalización del contrato de trabajo, el demandante contaba con recomendaciones médicas expedidas por el área respectiva del empleador, las cuales tuvieron vigencia entre el 11 de julio al 15 de octubre de 2019, siendo evidente el conocimiento que tuvo la demandada acerca de la cardiopatía coronaria padecida por el actor, así como de los sucesos laborales ocurridos el 10 de junio y 22 de septiembre del mismo año y las recomendaciones emitidas por la EPS y ARL.

Conforme a lo anterior, estimó la improcedencia del fuero reclamado por el promotor del proceso ante la falta de prueba de dictamen de pérdida de capacidad laboral que determine el rango de limitación al momento del despido o que a dicha calenda se encontrara incapacitado y en trámite de calificación, lo que desvirtuaba cualquier nexo de causalidad entre el finiquito de la relación laboral y la condición de salud, a lo que sumó que no se encontraba limitado para ejercer sus funciones, pese a que según las recomendaciones médicas, no podía efectuarlo por más de cinco o seis horas, lo que descartaba cualquier debilidad manifiesta.

Ultimó aduciendo que, en gracia de discusión, si se hubiere demostrado que se encontraba en debilidad manifiesta, no modificaría la conclusión a la que arribó de cara a que no se encontró demostrado que la finalización del laborío se diera con ocasión al estado de salud del demandante o que fuera un despido injustificado, lo que de contera impide que se evidencie que es un acto discriminatorio por parte del empleador. (Expediente digital, audios 24Audiencia20221116 y 24Audiencia20221116).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que el empleador conocía de las patologías que adolece, además, que la finalización del laborío fue producto de un despido sin justa causa, por el estado de salud en que se hallaba y en la medida que le fueron adjudicados actos cometidos por terceras personas, dado que no fue quien publicó el video y, por el contrario, fue la excusa para dar apertura al proceso disciplinario y el finiquito con justa causa la relación laboral. Indicó que debido a sus patologías es objeto de protección constitucional en los términos de la sentencia SU-049 de 2019, más aún cuando no podía cumplir a cabalidad con las labores que la encartada le había encomendado, ya que para la fecha del desahucio laboral tenía restricciones médicas vigentes. (Expediente digital, audios 24Audiencia20221116 y 24Audiencia20221116).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la A quo se equivocó al no aplicar la sentencia SU 049 de 2017, misma que determina que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no se circunscribe únicamente a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, sino, quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo y cuenten con una situación de salud que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares; situación que se cumple en el presente asunto, teniendo en cuenta que para el momento del despido, tenía restricciones medicas vigentes, que sin lugar a duda evitaban que cumpliera con sus funciones en igualdad de condiciones que sus compañeros de trabajo.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que quedó acreditado que la finalización del contrato se dio por una causa objetiva y no por el supuesto estado de salud del actor, quien no se encontraba en situación de debilidad manifiesta que impidiera cumplir con su labor, tampoco se encontraba incapacitado, ni en situación de discapacidad

lo cual fue verificado; por lo que son razones suficientes para que no se aplique el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el 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 el recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: ¿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, ¿Tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

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, sus extremos temporales, tampoco la labor de operador de bus zonal que desempeñó al momento de terminación del laborío, 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, comprobantes de nómina, carta de terminación con justa causa y liquidación final de prestaciones sociales que fueron allegados al cartapacio. (Expediente electrónico, PDF 13ContestaciónDemanda432, págs. 72 a 76, 105 a 107, 190 a 281 y 287).

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Consorcio Express S.A.S. 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 contrario a lo afirmado por la Juzgadora de primer grado y demandada, 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 concurrir 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 10 de octubre de 2019.

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 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 .

Así mismo, 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.

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.

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.

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 empleador¹⁰.

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."

4.1. 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 10 de octubre de 2019, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en

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.

condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías denominadas coronaria de un vaso, síndrome coronario agudo tipo IAM con elevación del segmento KK I TIMI III Grace 148, infarto agudo de miocardio (I21) y cardiopatía isquémica fevi 35%, así mismo, con ocasión de la enfermedad que le generó el accidente de trabajo, esto es, contusión del tórax, y sobre las cuales recibió tratamiento médico desde el año 2017, por diferentes especialidades, entre ellas, medicina interna, cardiología, cardiología intervencionista y hemodinámica y ortopedia, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones analgésicos, incapacidades médicas, terapia física y recomendaciones o restricciones laborales, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica allegada al plenario. (Expediente electrónico, PDF 05Pruebas).

De hecho, del citado acopio probatorio se logra extraer que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al punto que la encartada, a través de medicina laboral, expidió recomendaciones laborales y/o reubicación los días 31 de mayo, 5 de julio, 10 de agosto, 28 de agosto de 2017, 21 de agosto de 2018; 9 de abril, 27 de mayo y 11 de julio de 2019, está última, con vigencia hasta el 15 de octubre de 2019, en la que se dispuso:

	Notificación de Recomendaciones y/o Reubicación laboral FR-HSEQ-37	Versión 4
		Vigente desde: 26/04/2018
		Hoja 1 de 2

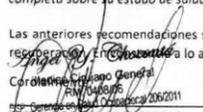
Fecha de Notificación	11 de julio de 2019	
Nombre del Trabajador	Charles Hermes Tarquino Rodríguez	
Documento de Identificación	79215851	
Teléfono de contacto	3138594704	
Cargo	Operador de bus zonal - Patio Gaviotas	
Asunto	Notificación de recomendaciones generadas por medicina laboral:	
Recomendaciones	<ol style="list-style-type: none"> 1. Puede conducir vehículos automotores en vía 5 – 6 horas. Resto de horas completar en patio. 2. Se deben asignar turnos diurnos. 3. Puede manipular objetos con pesos hasta 5 kg. (arrastrar, empujar, halar, cargar, levantar, traccionar, elevar, etc.). 4. Puede transitar por terrenos regulares (planos y pavimentados), evitando marchas de más de 20 minutos continuos, trepar, saltar o subir y bajar escaleras de forma frecuente. 5. No trabajos de alto gasto o alto riesgo (no trabajos en alturas, no trabajos en espacios confinados). 6. Restringir la práctica deportiva que sean de alto impacto articular o de contacto como fútbol, tenis, baloncesto, voleibol, etc. 7. Solicitar y asistir a cita de control con el médico tratante de la EPS (cardiología) 8. Continuar el tratamiento farmacológico instaurado por el médico tratante de la EPS. 9. Estas recomendaciones debe aplicarlas a su vida laboral y extralaboral. 	
Vigencia recomendaciones	Inicio: 11/07/2019	Fin: 15/10/2019
Jefe Inmediato	Oscar Alejandro Carreño	

Es de precisar que el incumplimiento de estas recomendaciones está consignado como falta al Contrato Laboral, Reglamento Interno de Trabajo y Código Sustantivo de Trabajo.

Como trabajador, he comprendido que las recomendaciones medico laborales aquí anotadas, son de cumplimiento extra e intralaboral, me comprometo a cumplirlas y comunicar cualquier cambio en mi estado de salud al líder inmediato y al área de HSEQ.

Lo anterior de acuerdo con el "Decreto 1072, Artículo 2.2.4.6.10. Responsabilidades de los trabajadores... 1. Procurar el cuidado integral de su salud; 2. Suministrar información clara, veraz y completa sobre su estado de salud;"

Las anteriores recomendaciones serán con el objeto de permitir la continuidad en su proceso de recuperación y en consecuencia lo anterior firman las partes interesadas.


 Corolario, Calle General
 Páramo, Bogotá
 20092011
 ANGEL TOBÁN CHÓCONTA C.
 Cargo: Médico ESO – Controlar Salud


 OSGAR ALEJANDRO CARREÑO
 Cargo: Coordinador de operaciones

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en condiciones regulares o habituales para su oficio de operador de bus, pues no de otra forma se entiende que para el finiquito de la relación laboral se encontrara con recomendaciones laborales y en tratamiento médico dadas sus enfermedades cardiacas; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque el actor al momento de la finalización del vínculo no tenía un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de operador de bus zonal, como erradamente lo coligió la Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, y que siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que

padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en tratamiento médico y con recomendaciones laborales dada su condición de salud, acotando que en cumplimiento de las mismas, el empleador tuvo que reducir las horas de conducción de bus zonal, limitando los recorridos a terrenos regulares y restringiendo la labor en jornada nocturna, medio de convicción que derruye la afirmación realizada por la pasiva, según la cual, el trabajador no tenía limitaciones que le impidiera laborar de manera normal o condiciones regulares; (iii) lo que deja en evidencia que las patologías eran de conocimiento de la convocada a juicio, aspecto que cumple precisar no fue un hecho desconocido por esta en la contestación de la demanda.

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el actor sí se vieron afectadas por su patología, cuyo conocimiento era del empleador y en esa medida razón le asiste a la censura cuando endilga la existencia de un desatino en la sentencia primigenia al dejar sentado que no se encontraba amparado por la prerrogativa constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud. Lo anterior, además, en tanto que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión del estado de salud del actor, pues Consorcio Express S.A.S. no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, como pasa a explicarse.

Debe recordarse que la parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que no se demostró durante el devenir procesal la justa causa en el despido del trabajador, considerando que no fue quien publicó el video que realizó al señor Julián López, empleado de la sociedad, a lo que sumó que le fueron adjudicados actos cometidos por terceras personas en la carta de despido.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada 10 de octubre de 2019, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 2º y 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., concordante con lo

dispuesto en los numerales 4° del artículo 60 y 1° del artículo 58 de la misma norma sustantiva y, numerales 10° y 11° del artículo 45, numerales 1° y 47° del artículo 43 y los literales d) y g) del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo. Decisión que obedeció a que el 23 de agosto de 2019, aduciendo que el trabajador *"grabó al señor Julián López, mientras el funcionario se encontraba en cumplimiento de sus funciones laborales en las instalaciones de la Empresa y además difundió dicho video, sin contar con autorización para ello, generando una grave afectación al clima laboral de la Empresa y al señor López"*.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la citación y descargos realizados por la empleadora, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

Obra citación a rendir descargos del 4 de octubre de 2019, cuyo fin era escuchar las explicaciones del trabajador frente a la posible responsabilidad disciplinaria en la comisión de la conducta endilgada, señalando que en efecto tomó el video *"como prueba de la persecución laboral y sindical que tienen contra mí, puesto que han venido sucediendo hechos que no ameritan dicha persecución"*, además, narró que *"yo le dije a él que yo iba a grabar, que es un derecho que yo tengo constitucionalmente"*, reiterando *"como prueba del abuso como prueba de la persecución laboral y sindical que tiene contra mí."* Refutó la acusación que se le hizo respecto de la afirmación realizada por el empleador, según la cual, incurrió en un trato grosero e irrespetuoso en contra de Julián López, asegurando que *"en ningún momento fui grosero ni como dicen el artículo 45 del reglamento interno de trabajo, el parágrafo 10, yo tuve comportamiento bochornoso dentro de la empresa, en ningún momento tuve tal comportamiento, como lo repito es un material que prueba que tengo hacia la persecución laboral y sindical hacia mí, para demostrarlo en eventos como se está citando el día de hoy."*

Frente a la publicación del video en la red social Facebook, expuso que compartió el video con el señor Fernando Cuervo, directivo de la asociación, pero *"lo que el señor haya hecho con el video, ya no tengo nada que ver, como prueba de lo que está sucediendo aquí en el patio hacia mí, lo que haya hecho el señor cuervo (SIC) con el video no me compete."*; tampoco compartió la conclusión acerca de que la publicación haya generado comentarios desobligantes, esgrimiendo *"no tengo alcance a los comentarios que se puedan generar en la red, porque como su nombre lo dice es una red social, donde diferentes personal (SIC) ajenas o no ajenas de la compañía dan sus opiniones."*; ni que en momento alguno *"puse en peligro a mis compañeros superiores, ni las instalaciones de la empresa, vuelvo y repito es un material probatorio contra la persecución laboral y sindical que tienen contra mí, puesto que me han violado mis derechos reiterativamente, tanto el señor Julián López como el señor Óscar Carreo (SIC)."*

Del mismo modo obra correo electrónico adiado 2 de septiembre de 2019, mediante el cual el señor Julián López, comunica al empleador la situación presentada el 23 de agosto de 2019 con el actor, manifestando que requirió su presencia con el objeto de *"revisar una (SIC) reporte de Daño a Flota que tenía en el sistema, a lo cual él accede"* y que responde el trabajador *"que él no va a pagar los daños y que tampoco podía descontarle la bonificación"*. Posteriormente, narra el citado colaborador que *"el señor sin previo aviso inicia a grabarme con su celular; yo le indico que no le autorizo de ninguna manera grabarme pero el (SIC) continua aduciendo que tiene todo el derecho a hacerlo. Yo sigo sustentando el procedimiento de forma calmada y respetuosa pero el (SIC) me incita a hacer lo contrario; sin embargo yo sigo manteniendo la calma. Yo termino de dar las explicaciones y el operador sigue grabando tratando de ofenderme aún más para buscar una reacción negativa de parte mía. Luego sale de la oficina."* Finalmente, expone que *"el señor Fredy Mauricio Marín Ramírez, quien es operador de Consorcio Express, sube el video a Facebook, el cual acababa de grabar el señor Tarquino sin mi"*

autorización y con las siguiente descripción (...) En cuestión de minutos empezaron a comentar negativamente el video, lanzando injurias y palabras ofensivas contra mí."

Al plenario se allegaron además las declaraciones de Julián Andrés López Torres y Julián David Cardona Granada, todos testigos de la parte demandada. El primero de ellos, como directo implicado en los hechos que dieron lugar al despido del accionante, informó que desempeña el cargo de coordinador de operaciones y en tal calidad era jefe directo del trabajador demandante, quien fue despedido a consecuencia de la grabación de un video que no autorizó y que realizó durante una diligencia en la que le fue notificada la novedad que presentaba el vehículo que conducía. Fue reiterativo en señalar que le indicó al promotor del proceso que no se encontraba autorizado para efectuar la grabación de la diligencia, misma que fue finalizada notificándose la novedad. Indicó que con posterioridad fue sorprendido con que el video fue publicado en la red social Facebook por otro trabajador, situación que puso en conocimiento de su empleador, lo que motivó el llamado a descargos y seguidamente el finiquito del laborío.

Por su parte, el señor Cardona Granada, quien dijo regentar para la época de los hechos el cargo de profesional especializado de relaciones laborales, ratificó que recibió de Julián Andrés López Torres correo electrónico a través del cual se puso en conocimiento que mientras hacía realizaba diligencia de daño a flota, el actor efectuó grabación de ésta, sin contar con autorización para ello, misma que se publicó en la red social, lo que trajo consigo comentarios que afectaron la honra y buen nombre de la empresa y del señor Julián Andrés López Torres. Adujo que si bien no fue motivo de despido con justa causa la publicación del video, en tanto que lo hizo un tercero, si lo fue el hecho de haber realizado grabación no autorizada, que fue compartía a otro trabajador, Fredy Marín, quien finalmente la publicó con posterioridad a la red social Facebook.

Del acopio probatorio atrás reseñado puede inferir la Sala que en efecto el trabajador demandante, previo llamado que hizo Julián Andrés López Torres, con el fin de hacerle saber la novedad que presentó la flota, efectuó grabación de la diligencia, a sabiendas de que no contaba con el consentimiento de su jefe directo para ser grabado. Empero, si bien en el plenario no existe incertidumbre de aquello aconteció, lo que daría lugar en principio a que la conducta que se esgrime para rescindir del contrato de trabajo se encuentre probada, lo cierto es que en lo fundamental, la grabación que se hizo con desconocimiento de aquel, por sí sola no era motivo suficiente para efectuar el desahucio laboral, en la medida que no es posible ultimar que con la realización del video se desconocieron prerrogativas constitucionales del señor Julián Andrés López Torres, ni menos de la empresa convocada a juicio, a verbi gratia, como el derecho a la intimidad personal u honra o buen nombre, pues a pesar de no haber consentido en su elaboración, tal situación no impedida al trabajador a través de dicho medio, recoger la evidencia de lo que allí pasaba.

Al respecto, véase cómo el demandante desde la grabación del video refirió expresamente que la hacía con fines tendientes a demostrar la persecución laboral que, según él, la pasiva venía ejecutando en su contra a través del señor Julián Andrés López Torres, así mismo, sobre el descuento laboral que calificó como ilegal por haber causado presuntamente un daño a la flota, señalando en este:

"Julián Andrés López Torres: (...) Simplemente yo reportó que el día 23 de agosto, se le notifica verbalmente al operador que tiene un daño a flota con las siguientes características y listo.

Demandante: Pero es que usted me dice que me lo va a descontar porque yo no tengo los testigos y desafortunadamente no tengo testigos, entonces de donde los voy a sacar.

Julián Andrés López Torres: Por eso le digo yo, que desafortunadamente que el procedimiento esta así.

Demandante: (...) Usted me está diciendo que la directriz de la empresa es que pueden tocarla el bono de uno.

Julián Andrés López Torres: Sígame grabando, tranquilo.

Demandante: Tranquilo, es que yo estoy grabando y tengo mi derecho a grabar.

Julián Andrés López Torres: Es prohibido.

Demandante: Porque está prohibido. Si yo constitucionalmente tengo el derecho (...) tengo todo el derecho.

Julián Andrés López Torres: Claro, (...) yo no le estoy dando la autorización (...).

Demandante: Si claro, es una muestra (...)."

De dicho medio convicción, que se resalta fue allegado por las partes, lo que permite su valoración, no se desprende una acción amenazante, humillante e irrespetuosa por parte del trabajador hacía su jefe directo, como mal atribuye la empleadora efectuó, para decir que se tocó la esfera personalísima del superior.

Ahora, ese hecho, es decir, el alegado acoso laboral del que dice fue compelido el actor, lo habilita para realización de la grabación. Lo anterior, porque si bien la Corte Constitucional ha señalado que la recolección de la voz o videos que se genera dentro de un espacio privado vulnera el derecho a la intimidad personal, si el registro no contó con el consentimiento de quien fue grabado u orden de autoridad judicial competente, no obstante, también su jurisprudencia ha mantenido el criterio que de acuerdo a la ubicación espacial, como lo son los lugares semi privados, que incluyen oficinas y lugares de trabajo, la intimidad puede ser restringida, o bien cuando la limitación sea como resultado de la interrelación de otros intereses de igual relevancia constitucional.

En esa medida, se dijo en sentencia T-768 de 2008:

"4.2. Ahora bien, como lo ha considerado esta corporación, en el ámbito de las relaciones laborales el derecho a la intimidad goza de una cierta inviolabilidad a fin de proteger determinados ámbitos de privacidad y reserva. Sin embargo, no significa que dichos espacios laborales reciban exactamente la misma protección constitucional que en el lugar de habitación de las personas naturales, por la sencilla razón de que el grado de intimidad de los hogares es mucho más intenso que el de la esfera laboral, en donde no sólo las relaciones son más públicas sino que las actividades tienen mayores repercusiones sociales. Debe entonces distinguirse entre aquellos espacios que interesan exclusivamente al titular del derecho y, aquellos en donde las actividades pueden tener repercusiones sociales, tal y como sucede precisamente con las relaciones laborales o empresariales (...).

En efecto, en las relaciones laborales entre empleador y empleado, o entre compañeros de trabajo, debe distinguirse entre las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad por ocurrir en espacios que interesan exclusivamente al titular del derecho, con aquellas donde las actividades interesan a la relación laboral o empresarial."

Bajo el recuento jurisprudencial, mismo que sirve para orientar esta decisión, es claro, que el registro realizado por el trabajador a través de la videograbación a la diligencia en la que participaba su superior jerárquico, no riñe ni resulta ilícito por no afectar el derecho a la intimidad, pues, es claro que, no solo se hizo dentro de un espacio semi privado, sino,

además, en tanto que lo quiso el promotor del litigio fue dejar evidencia de la persecución laboral en su contra que aduce recibía de su jefe inmediato, todo lo cual gira en torno del ámbito de lo laboral y no dentro de su esfera personalísima.

De hecho, tampoco merma la capacidad persuasiva la grabación y, mucho menos, para configurar una causal que obligue a excluirla, que el señor Julián Andrés López Torres no tuviera conocimiento de que estaba siendo grabado, pues es apenas obvio que en estos casos donde se alega un presunto acoso laboral, es a través de este medio que al trabajador le queda más fácil registrar los tratos que recibe de su superior y puede ser utilizado como último recurso tendiente a la demostración de dichas conductas.

Por lo dicho, en criterio de esta Sala (i) la grabación se originó en circunstancias que no involucran la esfera privada del señor Julián Andrés López Torres y la intimidad de una conversación, como quiera que se hizo en el ámbito de lo laboral. Así mismo, (i) la captación no fue tomada en un espacio protegido, sino, por el contrario, dentro un lugar semi privado como es la oficina de trabajo que hace que el derecho a la intimidad se torne con una limitante. Finalmente, (iii) el registro fue llevado a cabo para compeler el presunto acoso de que era parte uno de sus trabajadores y, no para menoscabar derechos fundamentales, como es el de la intimidad, buen nombre y honra.

No sobra precisar que, conforme a la regla jurisprudencial antes dicha, aquí también se evidencia la interrelación de otros derechos constitucionalmente relevantes y de gran importancia que justifican la grabación al superior, pues debe decirse que la Constitución Política establece expresamente que el trabajo en condiciones justas y dignas es un derecho fundamental de todas las personas (artículo 25), de allí que tenga conexidad con lo dispuesto en el artículo 53, en tanto que señala como derecho humano fundamental la dignidad en el ámbito de las relaciones de trabajo; cuyo objeto de amparo también se encuentra regulada en la Ley 1010 de 2006, señalando aquella disposición como bienes jurídicos protegidos, principalmente el de trabajo en condiciones dignas y justas entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y empresarial.

Lo anterior para significar que el derecho fundamental a la intimidad del cual es acreedor el señor Julián Andrés López Torres encuentra su límite en la medida en que la grabación de la conducta laboral tuvo como fin propender por dichos valores constitucionales y legales, de ahí que resulte justificada, legítima y proporcional, máxime si se tiene en cuenta que no fue grabado con fines distintos a los de probar las conductas del presunto acoso laboral, resultando idóneo y necesario para dicho fin, con lo cual se descarta las conductas que se le endilgaron al trabajador demandante como motivo del desahucio laboral.

Por todo lo dicho, son desacertadas las inferencias a las que llegó la A quo cuando halló acreditada la conducta que se enrostra en la carta de terminación del contrato de trabajo por parte de su otrora empleadora, cuando salta la vista que el comportamiento desplegado por el gestor del proceso no se enmarca en el numeral 2º, literal a) del artículo 62 del CST, que consagra que todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra de los compañeros de trabajo, entre otras, que constituya una justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo. Tampoco en los supuestos contenidos en el artículo 45, numerales 10 y 11, artículo 43, numerales 1 y 47, artículo 48, literales d) y g) del reglamento interno de trabajo, cuando se dice que el actor atentó en contra del buen nombre y honra, en la medida que efectuada la grabación, ésta seguidamente se compartió a otro trabajador, quien finalmente la publicó en la red social Facebook, grupo social que realizó comentarios sobre el señor Julián Andrés López Torres y la empresa convocada a juicio.

Lo anterior, se explica porque al no ser un hecho indiscutido por las partes que la publicación del video en la citada red social no fue realizada por el señor Tarquino Rodríguez, sino, por otro trabajador, ninguna vulneración puede alegar su empleador y Julián Andrés López Torres a dichos derechos iusfundamentales por parte del actor.

Ahora, se reprocha por parte del empleador al promotor del proceso el hecho de que haya compartido la grabación a su compañero de trabajo, lo que originó su publicación y comentarios desobligantes, punto frente al cual la Sala debe acotar que tampoco esa circunstancia constituye afectación al buen nombre, honra e intimidad, ni menos como motivo de finalización del contrato de trabajo con justa causa.

Esta Corporación recuerda que el derecho fundamental al buen nombre se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y sobre el cual la Corte Constitucional ha establecido su alcance en los siguientes términos:

*"El **derecho al buen nombre** ha sido entendido como la reputación o la imagen que de una persona tienen los demás miembros de la comunidad y, además, constituye el derecho a que no se presenten expresiones ofensivas, oprobiosas, denigrantes, falsas o tendenciosas que generen detrimento de su buen crédito o la pérdida del respeto de su imagen personal (...) Su desconocimiento se presenta cuando se difunde información falsa o errónea, o se afecta la reputación o el concepto de una persona como consecuencia de expresiones ofensivas o injuriosas, lo que conlleva adicionalmente la transgresión de su dignidad humana¹¹."*

Conforme al referente jurisprudencial anotado y acompasado con la norma superior, el buen nombre, es un derecho que forma parte de la esfera personal de cada individuo, en forma intangible e inalienable, pues corresponde al concepto que se tiene de cada persona, por ello su protección se activa frente a las manifestaciones y afirmaciones que sobre ellos realizan terceros, y se materializa con la verificación de dicha información la cual debe ser veraz e imparcial ausente de falsedades o equivocaciones que puedan desdibujar la imagen de aquella.

Así, hay lugar a su protección cuando se divulguen públicamente hechos que puedan ser falsos o cuyo contenido sea de dudosa procedencia con la intención de causar un impacto negativo respecto al concepto o idea que de una persona se tenga. Al respecto el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha puntualizado:

"...El derecho al buen nombre debe ser objeto de protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona, con lo cual se busca socavar su prestigio o desdibujar su imagen, por consiguiente para constatar una eventual vulneración al buen nombre es preciso examinar el contenido de la información, y evaluar si es falsa o parcializada o si adjudica a determinadas personas actividades deshonorosas que le son ajenas. Para el mismo efecto resulta imprescindible establecer si las expresiones cuestionadas corresponden al ejercicio de la libertad de información o se inscriben en el ámbito de la libertad de opinión"¹².

Así las cosas, si bien el promotor del proceso no fue el que publicó el video, si fue la persona quien lo grabó, por tanto, tenía la responsabilidad del manejo del mismo y, por tanto, sobre su divulgación, de ahí que el reproche que le endilga su empleador resulte justificado. Clarificado lo anterior, con miras a determinar si tales prerrogativas constitucionales fueron afectadas, este Tribunal debe realizar un examen respecto al origen de las expresiones que se tildan como agresiones del buen nombre y honra a la empresa convocada a juicio y a Julián Andrés López Torres, esto es, de donde provienen y delimitar si la libertad de expresión corresponde a la de opinión o en el ejercicio de la

¹¹ SU- 420-19 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

¹² Corte Constitucional Sentencia T-015 de 2015 M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

libertad de información; para el efecto es propio verificar que se entiende por cada una de ellas, por lo que se remite la Sala al criterio expuesto por la Corte Constitucional donde se sostiene:

"...La jurisprudencia de esta Corte ha llamado la atención sobre las diferencias existentes entre las libertades de opinión y de información, en tanto cada una de ellas recae sobre un objeto diverso y, por tal razón, están sometidas a límites también diferenciables. Mientras la libertad de opinión, protege "la transmisión de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa", la libertad de información ampara "la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo". Esta diferencia determina que la libertad de opinión tenga por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la expresión de la subjetividad del emisor: de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas. Entretanto, la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido. Por tal razón, en este último caso se exige que la información transmitida sea veraz e imparcial, esto es, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado. Tal exigencia, está ligada a un aspecto fundamental, y es que en el caso de la libertad de información no sólo está involucrado el derecho de quien transmite, sino el de los receptores de la información, los cuales, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 20 constitucional, tienen derecho a que se proteja la veracidad e imparcialidad de la información que reciben"¹³

Como puede observarse, existen dos tipos de libertades de expresión, siendo una de ellas cuando una persona por su propia cuenta y riesgo manifiesta su opinión, asumiendo la responsabilidad de su dicho, y las consecuencias de divulgar sus ideas, sentimientos y emociones al exterior, y la otra atañe directamente a la información que se transmite teniendo como objeto anunciar y/o denunciar hechos o realidades para mantener enterada a la opinión pública y que se realiza generalmente a través de medios de comunicación masiva tales como radio, prensa, televisión e internet, este tipo de comunicación conlleva una responsabilidad social consistente en la garantía de que toda información sea veraz e imparcial con el fin de evitar pánico colectivo, desinformación o la exposición indebida de una persona, entidad o institución que pueda conllevar su desprestigio o con lo cual se amenace su reputación sin ningún tipo de fundamento.

Tales límites acontecen cuando del derecho al buen nombre a la intimidad y a la honra se protege en las redes sociales como Facebook. En efecto, en sentencia T-050 de 2016, se explicó que:

"En Sentencia T-260 de 2012, esta Corte abordó el tema relacionado con los riesgos para los derechos fundamentales como la protección de datos, la intimidad y la imagen en las redes sociales. En dicha oportunidad, se indicó que, si bien en estos espacios deben regir normas similares a los medios no virtuales, acceder a estos implica un riesgo mayor para las garantías fundamentales pues, la posibilidad de hacer pública información y datos personales a través de perfiles creados por quienes las utilizan, implica un más alto grado de vulnerabilidad de los derechos antes mencionados.

Lo anterior, toda vez que la gran capacidad con que cuentan las redes sociales para comunicar, divulgar, difundir y compartir información, gracias a potentes herramientas para su intercambio, análisis y procesamiento, alcance del cual los usuarios no son conscientes al momento de comenzar a utilizarlas, hacen que la intimidad de la persona

¹³ Corte Constitucional Sentencia T-015 de 2015 M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

se encuentre cada vez más expuesta y, por ende, exista una mayor vulnerabilidad respecto de los derechos fundamentales relacionados con la misma.

En relación con el tema específico de la red social Facebook, la decisión antes mencionada advirtió que el riesgo a los derechos fundamentales puede originarse incluso desde un primer momento, cuando el usuario comienza a utilizar el servicio a través del registro y no solo durante su permanencia en la plataforma, sino también una vez decida abstenerse de seguir participando en ella; conllevando así, que el riesgo se perpetre no solo respecto de los usuarios que se encuentran activos en dicha red social, pues existe la posibilidad de que, además de estos últimos, terceros no participantes también tengan acceso y utilicen la información que allí se publica.

Así, la vulneración más clara que se puede presentar a través de Facebook deriva de la publicación de videos, mensajes, fotos, estados y la posibilidad de realizar y recibir comentarios de la importante cantidad de usuarios de la plataforma, lo que trae consigo la eventualidad de que terceros tengan acceso a la propia información.

En efecto, en la citada decisión, la Corte señaló que dentro de los posibles riesgos a los que se está expuesto al ser usuario de las redes sociales, entre otros, es que: "Los datos personales pueden ser utilizados por terceros usuarios malintencionados de forma ilícita. Existe la posibilidad de que traten y publiquen en la red información falsa o sin autorización del usuario, generando situaciones jurídicas perseguibles que pueden llegar a derivarse de este hecho."^[36]

También resalta este Tribunal que la protección a la imagen también se aplica a las redes sociales incluyendo el restablecimiento del derecho cuando se está haciendo un uso indebido de ella, se publica sin la debida autorización del titular o simplemente la posibilidad de excluirla de la plataforma, pues, como se mencionó anteriormente, tanto la imagen como su disposición se encuentra íntimamente ligada al libre desarrollo de la personalidad, así como a la dignidad humana como expresión directa de la identidad de la persona.^[37]

De lo anterior se colige que si bien redes sociales como Facebook implican un mayor riesgo de vulnerabilidad de derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la imagen, no quiere decir que el uso de dichas plataformas implique una cesión de tales garantías y, en consecuencia, la libre y arbitraria utilización de los datos, ya sea videos, fotos y estados, entre otras, ni tampoco la publicación de cualquier tipo de mensaje, dado que, como se ha venido reiterando, la protección y límites de la libertad de expresión por medios de alto impacto también aplican a medios virtuales."

En ese sentido, si se analizan las conductas que motivaron el despido a la luz del criterio anterior, es claro que tampoco tendrían cabida en el presente asunto, de cara a la publicación que se efectuó a la red social Facebook, ya que se encuentra la Sala frente a la figura de la libertad de expresión de información, cuya protección prima en forma preferente, incluso por encima de otros derechos fundamentales, pues, con ella se busca la garantía de difundir contenidos que deben ser conocidos por toda la sociedad para, bien evitar daños mayores o con la finalidad de buscar su solidaridad, pero que en resumen apuntan al bien común. Al respecto, han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional que justifican la prevalencia de la citada garantía sobre otros de rango fundamental, tal como lo fue en sentencia T-050 de 2016, misma en la que se dijo:

"...El lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa,

por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario”.

Bajo ese horizonte, es menester realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos expuestos en este asunto, de una parte, al buen nombre alegado por la pasiva y de otra a la libertad de expresión de información, para determinar si resulta aplicable la presunción de prevalencia de este último. Al respecto, se acude al acervo probatorio adosado al plenario por parte de la pasiva, mismo en el que se puede observar una publicación a la red social Facebook, realizado por Fredy Mauricio Marín Ramírez en el grupo “OPERADORES SITP Y TRANSMILENIO!!!”, mencionando “(...) Descuentos a daño a flota.. Y los seguros Que??Solo quieren que el operador pague todo....Sin palabras”. Allí se verifica la grabación que realizó el trabajador a la diligencia que celebró con Julián Andrés López Torres, también se observa que tal publicación generó reacciones de los usuarios que participan en el grupo social.

De lo anotado, acota esta Corporación que la información revelada en el grupo social de Facebook corresponde a hechos y situaciones fácticas que se pusieron de manifiesto a través de la videograbación, sin que se hiciera declaración alguna que permitiese determinar que fuese erróneas, falsas o malintencionadas, es decir, en términos de la Corte Constitucional, con “(...) frases injuriosas, que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes que evidencien una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario difamatorio, parcial, erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución.”

Es más, del contenido de la publicación, no se advierte señalamiento que no fuera consecuencia de la grabación obtenida por el trabajador, sin que los comentarios de las personas participantes del grupo social virtual puedan ser atribuibles al demandante. Por consiguiente, no puede alegarse que aquel quebrantó prerrogativas constitucionales, pues lo reseñado en Facebook y en la difusión del video, fue resultado de la libertad de expresión de información que se basó en la grabación del señor Julián Andrés López Torres y del actor, cuyo soporte no puede tildarse de falso o parcializado. Así entonces, forzosamente debe concluir la Sala que opera la prevalencia del derecho a la libertad de información, en tanto que no se acreditó que lo manifestado en la publicación correspondiera a información no veraz o malintencionada.

Conforme a ello, es claro que la falladora de primer grado incurrió en un error al no apreciar la falta de medio de convicción tendiente a demostrar la justa causa empleada por la pasiva para dar por terminado el vínculo laboral al aquí promotor del proceso, lo que significa que ante el vacío probatorio deviene no solo sin justa causa el desahucio laboral, sino, además, que se deberá presumir que la causa del vínculo contractual fue el estado de salud que aquejaba al señor Charles Hermes Tarquino Rodríguez, ante la omisión de solicitar y obtener por parte de la oficina de trabajo hoy Ministerio de Trabajo, permiso para finalizar el laborío al actor, correspondiendo entonces por parte de esta Corporación revocar la sentencia apelada.

Así las cosas, de cara a dichas conclusiones se declarará la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, se dispondrá se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente reintegro del trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

En esa medida, se sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integrales dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro, Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual,

seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

5. Excepción de prescripción. 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.**

En el caso de marras la Sala observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 10 de octubre de 2019 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 27 de noviembre de 2020, conforme da cuenta acta de reparto con secuencia 14252, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

6. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de haberse terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.^[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$6.015.594**, teniendo como salario el definido en la liquidación de prestaciones sociales que realizó el empleador, esto es, **\$1.002.599**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2019	\$ 1.002.599	180	\$ 6.015.594
Total			\$ 6.015.594

7. Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, esto es, teniendo como IPC inicial el 11 de octubre de 2019 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

8. Excepción de compensación. En el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el trabajador durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de realizar y de las vacaciones, lo que impone a su vez al actor la devolución de las sumas que recibió al momento del finiquito (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **CHARLES HERMES TARQUINO RODRÍGUEZ** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

9. Costas. En ambas instancias a cargo de Consorcio Express S.A.S. y a favor del demandante.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de noviembre del 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar al trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

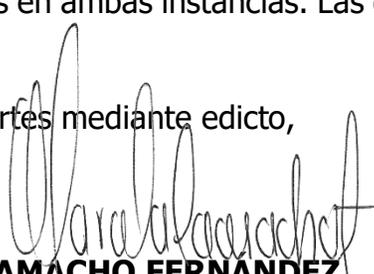
SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** al reintegro de **CHARLES HERMES TARQUINO RODRÍGUEZ**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre el 10 de octubre de 2019 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR al **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** a pagar a **CHARLES HERMES TARQUINO RODRÍGUEZ** la suma de **\$6.015.594** por concepto de indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada y, por ende, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$2.764.864** devengado por el demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: CONDENAR en costas en costas en ambas instancias. Las de primera tásense por la A quo.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

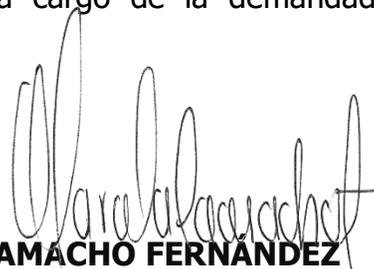


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

-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-

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **CHARLES HERMES TARQUINO RODRÍGUEZ** y a cargo de la demandada en la suma de \$1.000.000.



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: MARIO HERNANDO ROJAS LOZANO
Demandados: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. Y
VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO
Radicado No.: 15-2019-00621-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Mario Hernando Rojas Lozano instauró demanda ordinaria contra Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y Víctor Raúl Martínez Palacio, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019. Como consecuencia de ello, se condene a los demandados al pago de la remuneración de media hora diaria laborada, trabajo suplementario, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, auxilio o bono no prestacional como salario, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, 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 laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019, desempeñando el cargo de operador de bus articulado, devengando un salario al inicio de la relación laboral de \$456.000 y una bonificación de \$126.667, sin que esta última haya sido incluida como factor salarial, pese a ser continua e ininterrumpida. Sostuvo que el citado vínculo se pactó en un comienzo a término fijo por un año, pero se convirtió a término indefinido por cuanto siguió trabajando de manera continua e ininterrumpida hasta la fecha de su terminación sin justa causa.

Expuso que como operador de bus articulado se pactó una jornada laboral de 6 horas diarias, sin embargo, debía iniciar su labor media hora antes, dado a que debía realizar el alistamiento del automotor y verificar que estuviera en condiciones aptas para la operación. Advirtió que nunca se le pagó la media hora, además, aunque en vigencia del nexo contractual laboró dominicales y festivos, empero, se registró un salario menor al que realmente devenga, lo cual incidió en el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social, liquidación que se realizó sesenta y dos días después de terminada la relación laboral. (Expediente digital, PDF 01Folio1al216Ord201900621, págs. 123 a 138).

2. Contestación de la demanda

2.1. Víctor Raúl Martínez Palacio. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, señalando que como persona natural no ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante. Frente a los hechos no aceptó ninguno de estos y en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 01Folio1al216Ord201900621, págs. 327 a 332).

2.2. Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. En su contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, indicando que los extremos de la relación laboral corresponden del 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019, mismo que finalizó por la terminación de la obra o labor contratada. Refirió que la remuneración pagada al actor fue la pactada en el vínculo contractual, razón por la cual, nada adeuda, ya que no debía laborar "media hora diaria" adicional.

Esbozó que dentro de sus funciones no estaba el alistamiento del bus, en tanto que el trabajo del actor era conducir los buses articulados, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa, conforme a la programación de Transmilenio, sin sobrepasar la jornada del contrato de trabajo. Explicó que las prestaciones sociales, aportes a seguridad social integral y vacaciones fueron liquidadas y pagadas con base en el salario devengado por el accionante, además, de manera completa y oportuna.

Agregó que la bonificación pagada al actor no es salario, pues no retribuye directamente el servicio y era un pago por mera liberalidad del empleador, dado que se cancelaba por el cumplimiento grupal de las metas de la empresa. Aceptó los hechos enlistados en los numerales 5° y 6° y en los demás dijo no ser ciertos. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 01Folio1al216Ord201900621, págs. 164 a 182).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de noviembre de 2022, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo inicialmente a término fijo y finalmente por obra o labor contratada en el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2004 a junio de 2019. En consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, refirió en primera medida que no existe duda alguna de la existencia de la relación laboral y extremos temporales de la relación laboral, en tanto que estos fueron aceptados por la pasiva, de manera que el problema jurídico que debía dilucidar, en primera medida, la modalidad contractual celebrada entre las partes, para seguidamente analizar la media hora extra solicitada y, por último, si la bonificación debía ser tenida como salario. Con tal propósito, citó in extenso los medios de convicción incorporados al proceso, para significar que lo procedente es declarar la existencia de la relación laboral entre las partes, bajo la modalidad a término fijo que varió a la de obra o labor contratada, por decisión de las partes, sin que el hecho de que el vínculo se haya mantenido en el tiempo varíe a la de indefinido, en los términos del artículo 45 del C.S.T. y en armonía al precedente jurisprudencial.

Ahora, respecto de la media hora extra solicitada comenzó por citar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para luego precisar que los

testigos fueron coherentes en indicar que en ocasiones debían llegar a su lugar de trabajo con antelación a la iniciación de su jornada laboral, para efectos del desplazamiento y practicarse la prueba de alcoholemia, entre otras cosas; sin embargo, no determinaron con claridad que días, fechas o jornada laboral debían cumplir esa hora media adicional, máxime cuando el actor indicó que le daban días compensatorios y, por tal razón, no debía trabajar esa hora media adicional. Así las cosas, estimó que debía absolver a la encartada de esta pretensión, así como la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social.

Atinente al bono de productividad aludió a lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T. y con ello significó que la mencionada bonificación no constituye retribución o pago directo por la prestación del servicio, sino, el cumplimiento de unas metas globales y estándares de calidad que no están asociadas únicamente al trabajador, como lo expuso ampliamente este Tribunal. Adujo que las partes acordaron en forma libre y voluntaria restarle incidencia salarial, de ahí que debía absolver a la reliquidación de las acreencias laborales teniendo en cuenta el citado concepto. En lo que hace a la indemnización por despido sin justa causa estimó que como el contrato finalizó por la obra o labor para la que fue contratado el promotor del proceso, no había lugar a su pago, pues configura una causal prevista en la norma sustantiva. (Expediente digital, audio 06Audiciencia20221104)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que se halló probado con los testimonios y el propio dicho del demandante que la hora media adicional de trabajo, que hace parte de la jornada laboral ordinaria del operador de bus articulado, existió y nunca se pagó por el empleador. Indicó que los testigos manifestaron que se exigía estar media hora antes en su lugar de trabajo, que se ejercía por turnos rotativos y en forma coordinada para funcionamiento del sistema, luego no solo era obligatorio, sino, necesario, ya que "*los turnos tenían que empatasen*" y para ello el trabajador debía realizar el alistamiento e inspección de la flota, que debía estar en óptimas condiciones.

Por otro lado, precisó que la encartada disfraza la remuneración del trabajador señalando la existencia de un salario base y una bonificación, la que se pagó de forma ininterrumpida durante la vigencia del contrato de trabajo, luego debía constituir factor prestacional, más aún cuando el acervo probatorio da cuenta de que dicha suma entró al patrimonio del trabajador, sin que fuese un regalo por mera liberalidad del empleador. Finalmente, dijo que con la firma del otrosí mediante el cual se modifica la modalidad contractual celebrada entre las partes, se desmejoraron las condiciones del trabajo con el solo propósito de darlo por finalizado y no cancelar la indemnización por despido sin justa causa, misma que debe reconocerse, así como la indemnización moratoria en la medida que el pago de prestaciones sociales se efectuó sesenta y dos días después de manera parcial, sin tener en cuenta esa parte del salario ya esbozada. (Expediente digital, audio 06Audiciencia20221104)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** solicitando que se confirme la sentencia de primer grado, pues no existen razones o méritos para fulminar condena en contra de los demandados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el 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 el recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El actor tiene o no derecho al pago de la ½ hora extra, con la consecuente reliquidación de las

prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas?; (ii) ¿La suma recibida por concepto de bonificación por productividad constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones?; de hallarse positiva las respuestas a estos interrogantes, se entrará a determinar (iii) ¿El promotor del proceso tiene derecho al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.?; y finalmente, se entrará a analizar (iv) ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que el otrosí que suscribió el 13 de febrero de 2019 menoscaba derechos laborales del trabajador?

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 que existió entre el actor y Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., sus extremos temporales, cargo y salario devengado. Situaciones fácticas que no sobra precisar son corroboradas con el contrato de trabajo, otrosí de mutuo acuerdo, certificación laboral y carta de terminación del vínculo contractual (Expediente digital, PDF 01Folio1al216Ord201900621, págs. 192 a 195, 206 a 209 y 253 a 256).

4. Pago de la 1/2 hora extra. Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que el señor Mario Hernando Rojas Lozano pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario, 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 accedió el juzgador de primer grado, considerando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., el actor no demostró con precisión y claridad el número de horas por día, mes y año laborados en forma suplementaria.

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, siendo pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos, 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 tiene derecho a 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*)

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">

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras, 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, el que deja en evidencia que ningún error cometió el Juzgador de primer grado, cuando dijo que no estaba demostrada la ½ hora extra efectivamente que aduce laboró el demandante o en sumo utilizó para el alistamiento del bus articulado, que acusa como obligatorio el apelante, por fuera de la jornada máxima ordinaria laboral, la cual, no sobra precisar, era de 36 horas semanales, conforme lo aceptaron las partes.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fueron allegados como medio de convicción los comprobantes de pago, mismos que no demuestran cómo se desarrolló la jornada laboral de Mario Hernando Rojas Lozano y si éste ejecutó su actividad de conductor más allá de su horario o del trabajo suplementario reconocido por la llamada a juicio, pues frente a dicho supuesto ningún dato puede extraerse del documental en comento, en tanto que sólo se relaciona la mensualidad a cancelar, el nombre del empleador y del trabajador.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que se pretende demostrar tal circunstancia con el dicho de los testigos Wilson Arturo Bello Gutiérrez, Rodrigo Antonio Cortes Rodríguez y Óscar Yesid Pardo, no obstante, al ser indagados sobre el aspecto controvertido en el juicio, nada informaron, menos con la certeza requerida, acerca del número de horas exactas sobre las que se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Nótese que los citados testigos, adolecen de la citada precisión, pues ningún supuesto se puede obtener para acreditar la ½ hora extra alegada, ya que si bien es cierto informaron que el actor, al igual que ellos, debían estar minutos antes a prestar su servicio, lo cierto es que no indican si tal aspecto fue durante la totalidad del tiempo de servicio y si lo fue durante todos los días en que realizaba la labor de conductor. Es decir, la prueba testimonial analizada detenidamente no permite calcular o establecer el número de horas extras diurnas o nocturnas que laboró el accionante o estuvo en disposición del empleador, ello en atención a que los testigos no indicaron con precisión y claridad en qué horario, ni en qué día, mes y año las ejecutó.

En esa medida es claro que los testimonios no brindaron certidumbre sobre el horario de entrada, además, en todo caso no le era posible para los declarantes precisar dicha circunstancia dada a la actividad propia que debía ejercer el promotor de la litis, pues de sus propios dichos se logra extraer que el actor tenía diferentes programaciones o turnos, que podían variar durante cada semana o día, luego no podrían conocer con detalle y precisión la labor que realizó en trabajo suplementario, de ahí que se descarten para establecer el total de extras servidas en cada jornada laboral, es decir, la ½ hora que dice laboró de forma excelsa.

Surge, entonces, evidente lo improcedente del reconocimiento de trabajo suplementario petitionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, además, la Sala no comparte los argumentos de la censura, cuando sostiene que no existe duda sobre la ½ hora extra laborada, ya que tal aspecto se deriva del propio accionante cuando aquel surtió el interrogatorio de parte; ya que es evidente que la citada declaración no puede ser suficiente para probar tal circunstancia, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Máxime cuando tampoco puede la Sala extraer de dicha

declaración una confesión pura y simple en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aserción única y exclusivamente le favorece a él, por manera que mal haría esta Sala acoger los argumentos del apelante.

De aceptarse lo contrario, bastaría el propio dicho de la parte actora, afirmando la causación de trabajo extra para que el Juez decida a favor, siendo que, para impartir condena debe contarse con la prueba que respalde tal afirmación y que zanje cualquier duda sobre su causación, además debe reiterarse el elemental principio de derecho probatorio que enseña que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas.

De suerte 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 extras pudo haber servido el demandante y en qué jornada, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior, por lo que tampoco hay lugar a la reliquidación pretendida.

Lo considerado es suficiente para que la Sala confirme la sentencia confutada, en lo que hace al trabajo suplementario que negó el A quo.

5. Bonificación por productividad. En lo atinente a determinar si la bonificación por productividad tiene incidencia salarial para efectos de reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, ya que el actor se queja de la intelección que llevó el A quo al determinar que no son salario, considerando, entonces, que los citados bonos constituyen una verdadera retribución directa del servicio, por cuanto sus pagos son habituales y permanentes; cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa 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 acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, en especial las documentales que se encuentran adosadas en páginas 16 a 54 del PDF enlistado en el numeral 01 del expediente electrónico, se evidencia que, entre las partes, al momento de suscribir el contrato de trabajo, en la cláusula décima primera, se acordó lo siguiente:

"DÉCIMA PRIMERA: Cláusulas Adicionales: 1) Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta ciento ochenta mil pesos (\$180.000.00) sé entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: Cumplimiento de las Reglas establecidas por Transmilenio (30 %), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta

y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto por el Art. 128 del CST, modificado por el Art. 15 de Ley 50 de 1.990 (...)”

Al margen de dicha cláusula y pese a que la recurrente considera que no podía desatenderse su factor salarial, dado a la habitualidad de la citada bonificación, pues se entregaba al trabajador de forma mensual; para la Sala, no se trata de un pago que por su naturaleza retribuya el servicio o que con ello se pretendiera remunerar como contraprestación directa aquel, en la medida que tales bonos se entregaron por mera liberalidad del empleador, es decir, en forma extralegal, dejando entrever que correspondían a un estímulo, de allí que también las partes expresamente hayan resuelto restarle esa connotación salarial.

Bajo ese contexto, si bien no hay discusión acerca de que la empleadora ciertamente reconoció habitualmente al actor una suma de dinero independiente de la estipulada como salario, inferencia que resulta de lo pactado en la cláusula del contrato de trabajo que se citó y de las nóminas de pago obrantes en el plenario, probanzas que demuestran que desde el inicio de la relación contractual aquel recibió una bonificación a la que restaron incidencia salarial; no obstante, es claro que aquella aunque se denominó que era por productividad, su reconocimiento dependía de factores externos que no tenían directa relación con el servicio prestado por el gestor de la litis, sino, para asegurar el cumplimiento de directrices establecidas por Transmilenio, la protección del buen uso de la carrocería del bus y plataformas, el cumplimiento de horarios, reglas de convivencia y manejo preventivo, de cara a la estipulación suscrita entre las partes.

Lo anterior, permite concluir, que la bonificación por productividad, a pesar de su habitualidad, ese solo hecho, no constituye en manera alguna debía ser tenida en cuenta como factor salarial por parte de la encartada al momento de liquidar las prestaciones sociales del ex trabajador, pues en términos del 128 del CST, para que tenga dicha naturaleza, además de la citada característica, debe retribuir la labor ejecutada por el trabajador, aspecto que no probó el actor, ya que los testigos que trajo en nada dijeron sobre tal aspecto y, por el contrario, se demostró su carácter no salarial debido a que la señora Karen Rodríguez Forero (coordinadora de nómina), testigo de la parte demandada, señaló que la bonificación era una suma variable por cumplimiento grupal, es decir, que la suma dependía también de otros trabajadores.

Así las cosas, su finalidad no era retribuir el servicio prestado, lo que deja claro, entonces, que los pagos recibidos a título de bonificaciones, además, de haberse previsto expresamente por las partes su condición no salarial y, por ende, ser reconocido por el promotor del proceso expresamente como un pago no constitutivo de salario, todo lo anterior al tenor de lo previsto en el artículo 128 del CST, no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como una contraprestación directa del servicio y, por tanto, carecen de incidencia salarial.

Razones más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó el Juez de primer grado, encaminada a no reconocer como factor salarial el mentado bono, pues, contrario a lo dicho por la crítica, ningún dislate incurrió.

6. Indemnización por despido sin justa causa. Es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que para efectos de verificar si la parte actora cumplió con la carga probatoria, en lo que hace a la terminación del vínculo laboral con vigencia entre 12 de abril de 2004 al 30 de junio de 2019, se sostuvo desde el libelo introductorio como sustento de la indemnización pretendida, que el contrato de trabajo se pactó inicialmente bajo la modalidad a término fijo por un año, "*pero se convirtió a término indefinido, por cuanto se siguió trabajando de manera ininterrumpida hasta el 30 de junio de 2019*", de ahí que las razones dadas por el empleador no justifican el desahucio laboral; frente a lo cual, insiste la pasiva, que contrario a lo indicado, el nexo finalizó por la culminación de la obra o labor contratada en virtud de lo establecido en el literal d) del numeral 1º del artículo 61 del C.S.T., si se atiende al otrosí suscrito entre las partes, mediante el cual se varió la modalidad contractual, misma que quedó atada al proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema Transmilenio en Bogotá, en los términos del contrato de concesión celebrado el 19 de abril de 2000 y que concluyó el 30 de junio de 2019.

Punto sobre el cual aduce el fallador primer grado que, ante la modificación realizada a la modalidad del contrato de trabajo previamente celebrado entre las partes, esto es, de fijo al de obra o labor contratada y teniendo en cuenta que a la concesión culminó el 30 de julio de 2019, no había lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues la causal invocada para el finiquito del laborío por el empleador se ajusta a la norma sustantiva laboral. El impugnante aduce que el Juzgador de primer grado se equivocó en la valoración probatoria respectiva, dado que la suscripción del otrosí tuvo como propósito menoscabar derechos del trabajador, esto es, evadir la responsabilidad en su pago.

El debate en esos términos se centra en determinar si erró la A quo al concluir que la terminación del convenio suscrito con la llamada a juicio fue conforme al literal d) del art. 61 del C.S.T. Sobre el particular, ciertamente aparece probado que las partes al inicio de la relación laboral celebraron un contrato de trabajo a término fijo, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribe a:

*"Término Inicial del Contrato: Un (1) Año
Fecha de Iniciación de Labores: Abril 12 del 2004
Fecha de Vencimiento: Abril 11 del 2005"*

Frente a ello debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarse de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a

término fijo, "goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 *Ibíd*em, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios." (SL15610-2016)

Así, véase cómo el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no es equiparable al despido sin justa causa.

En armonía con lo atrás dicho, es errado sostener como lo hizo el actor cuando aseguró que la modalidad contractual previamente celebrada varió a la de un convenio a término indefinido, por el hecho de que el mismo haya perdurado en el tiempo, sin interrupción alguna, pues la circunstancia de que no haya solución de continuidad dado que se ejecutó a través de diversas prórrogas, no hace que el contrato de trabajo a término fijo pierda su esencia o varíe al de duración indefinida, máxime cuando la voluntad de la partes no fue otra que suscribir un contrato de duración fija, decisión está amparada en el artículo 46 del C.S.T.

De suerte que, como la naturaleza del contrato de trabajo a término no cambia por el hecho de que se prorrogue varias veces, debe tenerse por cierto que entre las partes al inicio del linaje laboral se fijó que la modalidad contractual lo sería definido. Ahora, aparece probado en el expediente digital que, con posterioridad a su suscripción, entre los mismos acordaron un "OTROSÍ DE MUTUO ACUERDO ANEXO AL CONTRATO DE TRABAJO ", según el cual se dejó por sentado que:

- **"EL EMPLEADO** suscribió un contrato a término fijo inferior a un (1), el cual se prorrogó automáticamente por tres (3) veces, siendo la fecha de vencimiento de la última prórroga el ONCE (11) de ABRIL de 2019.
- **EL EMPLEADOR** procedió en cumplimiento de ley al preaviso escrito con CINCUENTA Y OCHO días de antelación (fecha de entrega trece (13) de febrero de 2019), a través del cual se reportaba que la finalización del contrato se ejecutaría el ONCE (11) de abril de 2019.
- En este momento, **EL EMPLEADOR** presenta una necesidad objetiva dado la terminación de la concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, proyecto al cual se vinculó al empleado, y por este evento, se ha entrado en una fase de contingencia.
- Las anteriores, consideraciones son las que han generado la necesidad de, previo acuerdo con **EL EMPLEADO**, migrar el contrato de término fijo por un contrato de labor determinada.
- **EL EMPLEADO** manifiesta expresamente que es consciente y conocedor de la situación razón por la cual, ratifica que el presente acuerdo se celebra de buena fe y que no existe perjuicio por el cambio de modalidad contractual, de un contrato precario a otro de la misma naturaleza.

(...) **PRIMERA. - TÉRMINO Y DURACIÓN.** A partir del día CATORCE (14) de FEBRERO de 2019, las partes acuerdan pactar que el período o término de duración del presente contrato estará atado a la duración de la labor de OPERADOR DE BUS ARTICULADO, de acuerdo con las necesidades que deriven del proyecto de

concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000, como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999 (...)"

Como se dijo con anterioridad, ninguna discusión se generó en torno a la modificación de la modalidad de duración del contrato que celebraron los contendientes, pues no fue desconocida ni argüida por las partes, dado que la inconformidad se centró por la parte demandante en decir que había lugar al pago de la indemnización por despido sin justa por el hecho de que el contrato de trabajo a término fijo se convirtió a indefinido por el paso el tiempo, de manera que al dejarse por fuera esa discusión, debía llegarse a la conclusión de que los antagonistas convinieron que a partir del 14 de febrero de 2019 el nexo laboral previamente pactado ya no lo sería bajo la modalidad a término fijo, sino por duración de la obra o labor determinada, modalidad consagrada en el artículo 45 del C.S.T.

Es que resulta claro que la estipulación contractual esbozada en vigencia de la relación laboral, lo que indica es que las partes quisieron modificar la duración del contrato ya existente, esto es, de término fijo al de obra o labor contratada, lo cual deja en evidencia que su verdadera intención al suscribirse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era construir una nueva relación laboral, sino de mantenerla aún más en el tiempo, dado que el empleador pese a que decidió no continuar con los servicios del trabajador al entregar el preaviso que rige en los contratos por duración definida al trabajador el 13 de febrero de 2019, situación que se registró en la suscripción del otrosí, finalmente resolvió, motivado por las necesidades de la empresa, variar la modalidad contractual al de obra o labor contratada, intención esta que estuvo presente y se materializó hasta el 30 de junio de 2019, data para la cual se culminó el contrato de concesión que celebró la convocada a juicio con Transmilenio S.A., circunstancia que además tampoco fue desconocida por la misma parte demandante.

Lo anterior, además por cuanto se advierte que el cambio de la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; variación amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo que el accionante quien suscribió el otrosí, pretenda ahora desconocerla a través de esta vía judicial sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento o la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor.

Conforme a ello, razón se halla al cognoscente de primer grado al estimar que no se acredita hecho alguno que viciara el consentimiento para suscribir la modificación contractual, en tanto que los medios de convicción no dan cuenta de cosa diferente, pues el actor no acreditó con suficiente certeza que sufrió de engaño, dolo y aprovechamiento por parte de la encartada para lograr su firma. Además, siguiendo los derroteros expuestos por nuestra CSJ, en especial, en sentencia SL814-2018, nada impide en el derecho positivo del trabajo que los contratantes decidan variar las condiciones de trabajo, siempre y cuando resulten válidas y correspondan a la realidad, lo que sucede en este asunto, dado que del caudal probatorio no se infiere que la intención del empleador fuera la de eliminar las garantías laborales de su trabajador.

Por el contrario, lo que se evidencia es que con la suscripción del otrosí se pretendió entre las partes mantener vigente el contrato de trabajo previamente celebrado, solo que el cambio de modalidad respondió a las determinadas circunstancias y necesidades de los contratantes. Además, se debe precisar por la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas, conllevando a que, por la modalidad del nexo que venía gobernando a las partes, la causal referida por la demandada en comunicación fechada

13 de febrero de 2019, para dar ruptura del nexo, se enmarca en las previstas el artículo 61 del C.S.T, entonces, encontrándose la determinación dentro de los precisos límites normativos, ya que la decisión de no contar con los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, fue informado mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado, implicaba para el trabajador la dejación del empleo, sin tener derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización conforme al artículo 64 ejusdem, pues el vencimiento del plazo fijado pactado no equivale al despido sin justa causa, toda vez que constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo dispuesto en la norma sustantiva.

De manera que, siendo claro que, al cabo de la última prórroga del contrato de trabajo, es decir, la comprendida entre el 12 de abril de 2018 al 11 de abril de 2019, su empleador con 30 días de antelación al vencimiento manifestó clara e inequívocamente su intención de no prorrogar el citado contrato, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 46, numeral 1 del C.S.T., al suscribir el otrosí por las partes se arriba a la conclusión de que los contratantes quisieron mantener en vigencia la relación laboral por otro lapso, el cual se supedita a la vigencia del contrato de concesión 001 de abril de 2000, modificado por la Resolución 589 de 2017, lo que conlleva a que la relación contractual permaneciera vigente por espacio 2 meses y 19 días más, lo que denota que el interés del dador del laborío fue de mantener en el tiempo la relación laboral, sin el propósito de menoscabar o burlar derechos laborales.

Así las cosas, es claro que el empleador no quiso con la suscripción del otrosí menoscabar derechos laborales, como es abstenerse del pago de la indemnización por despido sin justa causa, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que esa modificación provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como se dispone en el artículo 55 del C.S.T.

Por lo dicho, no le queda entonces otro camino a esta Sala que procurar por sus efectos, es decir, que la duración de contrato de trabajo varió por decisión libre y espontánea entre las partes, de allí que no haya lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende y, por tal razón, se deba confirmar la sentencia confutada.

Ello es así, porque en lo que hace a la terminación del contrato de trabajo, cumple decir que el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(...) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del ibídem; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es la labor u obra para la que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

"Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará

respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad.”

Más adelante refirió:

"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.”

En línea con lo expuesto, se evidencia que labor u obra contratada, se circunscribe a “*las necesidades que deriven del proyecto de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en el Sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá, contrato celebrado el 19 de abril de 2000, como consecuencia de la licitación pública No. 001 de 1999*”. De manera que surge patente que la duración del laborío dependía, sin condicionamiento distinto, a la subsistencia misma del vínculo comercial que existió entre la demandada y Transmilenio S.A., cuyo plazo quedó previsto, según Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, acto administrativo que tuvo por objeto modificar unilateralmente el Contrato de Concesión 001 de abril de 2000, hasta el:

"TERCERO. - PLAZO DEL CONTRATO. *La cláusula 102 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula décimo novena del Otrosí del 21 de junio de 2003, quedará así:*

(...) 102.2. La etapa de operación regular, comprendida entre la fecha determinada por TRANSMILENIO S.A. para el inicio de la operación regular y el día 30 de junio de 2019. Por decisión exclusiva de TRANSMILENIO S.A., se podrá prorrogar el día de vencimiento pactado para la finalización de la operación regular, de acuerdo con las necesidades del servicio, hasta por un (1) periodo de máximo de tres (3) meses, debiendo notificar TRANSMILENIO S.A. por escrito al CONCESIONARIO de dicha decisión con al menos tres (3) meses de anticipación.”

CUARTO. – ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR. *La cláusula 104 del Contrato de concesión, modificada por la cláusula vigésima del Otrosí de 21 de junio de 2013, quedará así:*

Se considerará iniciada la etapa de operación regular, a partir de la fecha que haya sido determinada por TRANSMILENIO S.A. para que el concesionario inicie la operación de su flota en el Sistema Transmilenio, bajo las condiciones técnicas, económicas y operacionales previstas en el presente contrato. La etapa de operación regular vencerá el día treinta (30) de junio de 2019, salvo que haya sido prorrogada por decisión exclusiva de TRANSMILENIO S.A., de acuerdo con lo previsto en el numeral 102.2”

Conforme a lo anterior, si la duración del contrato de trabajo estaba supeditada a la ejecución y vigencia del contrato comercial, surge como evidente que la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal, entre otras, por terminación del convenio suscrito con Transmilenio S.A., esto es, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., en el primer evento, o por la configuración de alguna de las causales establecidas

en el literal a) del art 7 del Decreto 2351 de 1965 o previo pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado conforme al artículo 64 del C.S.T.

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó en lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, en la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada. Así se desprende de la carta de desahucio laboral adiada 30 de junio de 2019, en la que se dijo al respecto:

"Por medio de la presente, le informamos que el contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre usted y la compañía el pasado 12 de Abril (SIC) de 2004 finalizará el próximo 30 de junio de 2019, siendo por lo tanto su último día de trabajo el día 30 de junio de 2019.

Lo anterior en virtud a la terminación del contrato de concesión N° 001 del 19 de abril del 2000 suscrito entre SI 99 S.A. y TRANSMILENIO S.A."

De acuerdo con la especificidad de la modalidad del contrato de trabajo referenciado en precedencia, de cara a la carta de terminación del mismo, es claro para la Sala que la finalización de la relación laboral se dio por causa legal de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 61 CST, subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990, por haberse finalizado la labor en los términos que fue contratada, de allí que sea notoriamente improcedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende el actor.

Respecto a las premisas fácticas con las cuales el gestor de la litis fundamenta la súplica de obtener el pago de la indemnización por despido sin justa, debe señalarse que no cuentan con vocación de prosperidad, en tanto que, de los medios de persuasión anotados, se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo gobernada primeramente por un contrato de duración definida y con posterioridad al de obra o por la naturaleza de la labor determinada, modificación de la que se resalta con total claridad la determinación de la obra, ya que su vigencia dependía de las circunstancias dadas en el contrato de concesión núm. 001 de abril de 2000, modificado por la Resolución núm. 589 del 2017, suscrito entre Transmilenio S.A. y la encartada, de manera que aquel vínculo marcaba con claridad la finalización de la relación laboral, condiciones que quedaron establecidas en las cláusulas tercera y cuarta ya aludidas.

Por consiguiente, al finalizar la obra o labor contratada, esto es, el 30 de junio de 2019, sin que encuentre demostración en el plenario que el vínculo contractual haya sido prorrogado en los términos de la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, se debe decir que la terminación del vínculo laboral se dio por una causal objetiva, debiéndose por tanto confirmar la decisión de primer grado en su integridad, pues en el *sub judice* no se dan las condiciones para condenar a la encartada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo que así se dispondrá.

7. Costas. Sin costas en esta instancia. 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 4 de noviembre de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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: MARTHA NIRIA CRUZ MENDOZA
Demandada: UGPP
Radicado No.: 35-2022-00105-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DEMANDADA
– CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 el siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SIERVO JIMÉNEZ FORERO, identificado en legal forma, como apoderado de la demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Niria Cruz Mendoza instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que se declare el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor y, en consecuencia, se ordene incluirla en la respectiva nómina de pensionados, se cancelen retroactivamente las mesadas pensionales causadas junto con los reajustes legales, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que Cajanal reconoció al señor Samuel Alfonso Cárdenas, pensión de vejez mediante Resolución 2745 del 5 de julio de 1971, misma que fue reliquidada a través de acto administrativo 0128 del 11 de enero de 1973. Indicó que con el pensionado contrajo nupcias el 4 de agosto de 2001, convivencia que fue ininterrumpida hasta el momento de su fallecimiento que se produjo el 17 de octubre de 2016. Precisó que el 17 de noviembre del mismo año, solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, misma que fue negada por medio de RDP 004486 del 8 de febrero de 2017. (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda, págs. 1 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 existen inconsistencias que no permiten dilucidar con claridad si la peticionaria reúne los requisitos para acceder al reconocimiento pensional, por cuanto no se tiene certeza si la relación sostenida entre los cónyuges era de cuidador paciente o si en efecto sostenían una relación de convivencia, de ahí que no resulte procedente acceder a la prestación económica.

Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1° a 3°, 7° a 10° y 13° a 15° relacionados con que a Samuel Alfonso Cárdenas le fue reconocida pensión de vejez, su

fecha de fallecimiento y negativa del derecho pensional a la actora. Respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción, intereses moratorios, compensación, legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y cumplimiento del deber legal de la UGPP. (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónDemandaUgpp)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF "04ConstanciaNotificaicon"); 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 15 de diciembre del 2022, en la que el fallador condenó a la encartada a sustituir el 100% de la pensión reconocida al señor Samuel Alfonso Cárdenas a la demandante, a partir del 17 de octubre de 2016, prestación que deberá pagarse junto con las mesadas adicionales e incrementos legales a que haya lugar. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, condenó el reconocimiento y pago de intereses moratorios y no condenó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal decisiva, señaló como no controversial la fecha del deceso del causante y la calidad de pensionado de aquel, de ahí que indicó que la normatividad aplicable para resolver el caso en concreto es la contenida en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003. En tal sentido, refirió respecto de la calidad de beneficiaria de la actora que a la data de fallecimiento del señor Samuel Alfonso Cárdenas tenía 44 años, quienes contrajeron matrimonio el 4 de agosto de 2001, sin que obre dentro del registro civil notas marginales de disolución del vínculo que los unía.

Seguidamente, se dispuso a verificar la convivencia entre la pareja, para lo cual citó apartes de la sentencia de rad. 82455. 28 de septiembre de 2021. Analizado el acervo probatorio por el A quo, éste precisó que, aunque la demandante en entrevista señaló que la condición dispuesta por el causante para el matrimonio fue "*Yo quiero tener a mi esposa porque ya me siento viejo y necesito que mi esposa esté conmigo y me cuide hasta cuando me muera y así fue yo lo acompañé todo el tiempo hasta cuando murió*"; no obstante, de tal manifestación concluía que la misma tuvo como finalidad brindar ayuda y socorro al pensionado, lo cual duró por alrededor de 15 años, es decir, desde que contrajeron nupcias hasta el momento del deceso del causante; y si bien en la misma declaración confesó que no convivían en la misma habitación, ese aspecto en nada desvirtúa la convivencia requerida, en la medida que no desnaturaliza el matrimonio y la dependencia, ni la unidad familiar, tampoco el hecho de no tener relaciones sexuales.

Anotó que, si la voluntad del pensionado hubiese sido tener un simple cuidador, así lo hubiera hecho, pero lo que deseó fue constituir una familia con la actora, de lo contrario no se hubieran casado. Bajo ese entendimiento, acotó que la diferencia de edad entre la pareja tampoco rompe la comunidad de cuidado, comprensión y la construcción de vida familiar, más aún cuando sus propios vecinos dieron cuenta de la relación continua y sin interrupción que tuvieron el causante y la accionante, declaración ratificada, entre otros, por José Yesid Parra. Por lo expuesto, estimó que la actora probó convivencia por más de 15 años, de ahí que debía acceder a las pretensiones de la demanda.

Atinente a la excepción de prescripción formulada por la pasiva señaló que el causante falleció el 17 de octubre de 2016, razón por la cual la aquí demandante debía presentar su solicitud pensional dentro de los tres años siguientes, situación que a pesar de que ocurrió cuando efectuó reclamación el 17 de noviembre de 2016, no se materializó con la radicación de la demanda, sino hasta el 14 de marzo de 2022, conforme consta en el acta

de reparto; de ahí que debía declarar probado el medio exceptivo sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de marzo de 2019.

Respecto de los intereses moratorios aludió al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para significar que como no existe controversia entre beneficiarios y como quiera que se encontraban acreditados los requisitos normativos para la causación de la prestación desde su reclamación, debía acceder a los mismos los cuales deben ser reconocidos a partir del 14 de marzo de 2019, por tratarse de una pretensión consecuencial de las mesadas prescritas a dicha fecha. (Expediente electrónico, audio 16AudienciaArtículo80)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación arguyendo que, de cara a los medios de convicción recaudados en el proceso, existen inconsistencias que no permiten dilucidar con claridad si la actora reúne los requisitos para acceder al reconocimiento pensional, pues no es claro si la relación sostenida entre los cónyuges era de cuidador paciente o si en efecto sostenían una relación de convivencia, de ahí su improcedencia. Indicó que, en el informe del 11 de enero de 2017, la solicitante manifestó en su entrevista que contrajo matrimonio con un compromiso específico, por lo que, si bien hubo convivencia de la pareja bajo el mismo techo, lecho y mesa, no lo fue como cónyuges de forma constante e ininterrumpida durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante. (Expediente electrónico, audio 16AudienciaArtículo80)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que convivió con el causante, en armonía y ayuda mutua por más de 15 años, tan es así como lo demuestra el registro de matrimonio de fecha 4 de agosto de 2001, unión que estuvo soportada en el amor, cuidado personal, atenciones de salud y con apoyo hasta el fallecimiento que se produjo el 17 de octubre de 2016.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones adujo que la demandante no tiene probado el derecho que depreca con la demanda, en tanto que, en el trámite administrativo, como en el proceso no logró demostrar convivencia con el causante en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, de ahí que deba revocarse la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la UGPP 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.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Martha Niria Cruz Mendoza, en calidad de cónyuge supérstite de Samuel Alfonso Cárdenas, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte de la UGPP? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y si tiene derecho al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Samuel Alfonso Cárdenas se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 06182236, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 17 de octubre de 2016. (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda, pág. 16)

4. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Samuel Alfonso Cárdenas fue pensionado por Cajanal, por medio de la Resolución núm. 2745 del 5 de julio de 1971, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo RDP 004486 del 8 de febrero de 2017.

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 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 17 de octubre de 2016. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1° 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. Ahora bien, no admitiendo discusión que el pensionado falleció el 17 de octubre 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 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 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Martha Niria Cruz Mendoza nació el 1° de enero de 1972, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda, pág. 14), luego para la muerte del señor Samuel Alfonso Cárdenas contaba con 44 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9. 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 Martha Niria Cruz Mendoza contrajo matrimonio con el causante el 4 de agosto de 2001 (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda, pág. 15, sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

10. Prueba de convivencia de la cónyuge. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Martha Niria Cruz Mendoza, en calidad de cónyuge supérstite a reclamar la pensión de sobreviviente ante la UGPP, dicha entidad mediante Resolución RDP 004486 del 8 de febrero de 2017, negó la misma con fundamento en la investigación administrativa, según la cual *"En virtud a los elementos de juicio con los que se cuenta al momento de la elaboración del presente informe, se concluye que si bien existió convivencia bajo el mismo techo y mesa, NO EXISTIO (SIC) CONVIVENCIA como COYUGES (SIC), de forma constante e ininterrumpida entre SAMUEL ALFONSO CARDENAS (SIC) (CAUSANTE) y MARTHA NIRIA CRUZ MENDOZA (solicitante) durante los cinco (05) años anteriores al fallecimiento del causante, tal como lo manifestó la solicitante (...)"*

Respecto de este tema, 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, adocina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral 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."

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Samuel Alfonso Cárdenas, y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando declaraciones extraprocesal de Blanca Haydee Lozada de Romero y José Yecid Prada, quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron a la pareja conformada por el fallecido y Martha Niria Cruz Mendoza desde hace 14 años, asegurando que convivieron de forma permanente y continua en unión libre desde el 7 de julio de 2000, contrayendo matrimonio el 4 de agosto de 2001, quienes no procrearon hijos. La primera de las citadas además declaró que la actora brindaba al causante cuidado y bienestar, cumpliendo con sus deberes de una verdadera esposa.

Adicionalmente, se allegó declaración extraprocesal de la accionante, quien declaró que convivió 15 años casada con sociedad conyugal vigente desde el 4 de agosto de 2001 con Samuel Alfonso Cárdenas, hasta el día de su fallecimiento, del que dependía económica moral y totalmente de su sustento.

Por otro lado, se recaudó la declaración de Rosalba Cruz Mendoza (hermana de la actora), quien señaló que conoció a Samuel Alfonso Cárdenas, quien se casó el 4 de agosto de 2001, conformando una familia con Martha Niria, en la medida que convivieron desde dicha data hasta la fecha de fallecimiento en el municipio de Girardot – Cundinamarca,

barrio la Estación. Indicó que nunca se separaron y tenía un vínculo sentimental en el que primó el amor y cariño, además, narró que la actora estaba *"pendiente de su esposo, comida, con su ropa, con su atención, llevándolo al médico (...)"*, situación que le constaba en la medida que vivió en casa arrendada por los mismos, lugar donde el pensionado inició negocio de dulces, el que administraba por decisión de él. Con posterioridad y luego de que se fue a vivir al municipio de Chaparral – Tolima, informó que continuaba visitando a la pareja en su lugar de residencia, de ahí que se dio cuenta de la convivencia entre los cónyuges.

Así entonces, contrario a lo esgrimido por la censura, los medios de convicción dan cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y perduró hasta el deceso de aquél. La testigo al unisonó declaró que de *cujus* nunca abandonó el hogar y siempre prodigó por su manutención y sostenimiento, lo cual resulta coherente con lo que declararon Blanca Haydee Lozada de Romero y José Yecid Prada. Versión que resulta creíble para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentra respaldada por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibió los hechos, dejando entrever que presencié de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja dado el vínculo de familiaridad, señalando conjuntamente la inexistencia de otra relación sentimental diferente a la de Martha Niria Cruz Mendoza y el causante.

Además, llama la atención de la Sala la consonancia de sus versiones con el resultado de la investigación final que realizó la UGPP. En efecto, allí se registró la entrevista realizada a la señora Lucia Urbina, que en su calidad de vecina manifestó: *"Al señor Samuel Alfonso Cárdenas, lo conocí en este barrio hace como diez años cuando llegué a vivir acá, para esa época él ya era vecino, me consta que desde esa época él ya vivía con la señora Martha Cruz Mendoza, ellos vivían como esposos, se dice que ellos se habían casado, sé que tenían su casa propia y siempre vivieron juntos en la misma casa, desde cuando los conocí y hasta cuando falleció en Octubre (SIC) de 2016. Se que falleció en Ibagué donde estuvo hospitalizado unos días, no le conocí hijos ni otra esposa diferente..."*.

Así mismo, se recogió lo que declaró por Carlos Orlando Moreno Bernal, vecino de la pareja, mismo que narró: *"...Al señor Samuel Alfonso Cárdenas lo conocí como vecino de este barrio desde aproximadamente 10 años cuando llegué a vivir a este barrio, desde esa época él ya vivía cerca de mi casa y me consta que vivía con la señora Martha Cruz Mendoza como esposa y compañera y me consta que desde que lo conocí y hasta su fallecimiento siempre vivieron como familia bajo el mismo techo. Entre ellos se observaba una diferencia de edad pero siempre convivían juntos, no le conocí otra persona diferente a la señora Martha Cruz, no tuvieron hijos..."*.

Por último, se recaudó la declaración de Blanca Haydee Lozada de Romero, quien ratificó que *"...Al señor Samuel Alfonso Cárdenas, lo conocí en este barrio hace más de 10 años cuando él llegó a vivir acá en su casa que compró. Me consta que vivía con la señora Martha Cruz, la esposa, en una casa que compraron cerca a la mía, desde cuando llegaron a este barrio siempre vivieron en esa casa hasta cuando él falleció. Me entere que ellos se casaron por lo Civil acá en Girardot, cuando llegaron al barrio ya eran casados. Había bastante diferencia de edad entre ellos, ya los detalles íntimos de la convivencia solo la pareja lo sabe porque son cosas personales. Él falleció en Ibagué el 17 de Octubre de 2016 porque allá lo llevaron cuando se enfermó acá en Girardot."*

Luego sin mayor esfuerzo se colige de sus respuestas que se estaba en presencia de una relación sentimental con vocación de permanencia, sin que se redujera a la sola circunstancia de encuentros temporales y discontinuos, como erróneamente lo hace ver la pasiva, pues de forma coherente y precisa declararon que nunca abandonó el hogar y con la contundencia requerida dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y perduró hasta que se produjo el deceso de aquél.

En este punto, debe anotarse que respecto a los alcances del concepto de convivencia o vida marital, como presupuesto esencial para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, Jurisprudencia de la Sala de casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, también ha puntualizado que ésta no desaparece por el solo hecho de que los cónyuges o compañeros permanentes no puedan vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares originadas en motivos de trabajo, salud o fuerza mayor, siempre que ese distanciamiento no implique la pérdida de la comunidad de vida o lo que es lo mismo, el afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y acompañamiento espiritual que le son inherentes a la vida en pareja o marital. (sentencia rad. 31921 del 22 julio de 2008)

Criterio jurisprudencial que resulta oportuno traer a colación, en tanto que las pruebas relacionadas son coincidentes en que la pareja cohabitó bajo el mismo techo y sin interrupción alguna y a pesar de que la actora señaló en la investigación administrativa que se casó con el compromiso de atender y cuidar al pensionado, además, señaló que dormían en camas distintas, lo cierto es que tal manifestación no debe observarse de forma literal, como lo pretende hacer valer la pasiva, para decir que no hubo comunidad de vida entre la pareja, dando a entender que se trató de un servicio de cuidador que prohibió a su cónyuge; sino, como lo dijo el A quo, debe analizarse el contexto dentro del cual fue rendida y en forma conjunta con los restantes elementos probatorios allegados al proceso.

En ese sentido, para la Sala, la primera manifestación de la actora evidencia que la convivencia estuvo guiada por la ayuda mutua y la unión familiar de la pareja, sin que tenga la suficiente fuerza persuasiva para derruir la relación sentimental de los cónyuges y ello se explica porque precisamente el objeto de dicho acuerdo se dirigió a procurarse cuidado y atención solidaria, elementos estos, entre otros, característicos de una verdadera relación de pareja, sea entre compañeros permanentes o cónyuges. Ahora el hecho de que la pareja no haya dormido en una misma cama, ni hubieren mantenido relaciones sexuales tampoco derriba el requisito de convivencia que ha de presidir en este tipo de conflictos jurídicos, pues de cara a los medios de suarios incorporados al plenario, demuestran que su propósito siempre fue la de mantener convivencia afectiva y común, libremente consentida, todo lo cual se acompasa con su derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual que además se encuentra amparada en la Constitución Política.

De ahí que, la Sala al aplicar los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que Martha Niria Cruz Mendoza convivió en calidad de cónyuge con el de cujus por espacio superior a 5 años anteriores al deceso, conclusión que no puede ser derribada por la marcada diferencia de edad de la reclamante con el pensionado, pues ha de pregonar este Tribunal lo discurrido en la sentencia SL15413-2017 en la que el Alto Tribunal tiene dicho que la diferencia generacional notoria entre las parejas, no es talanquera para acreditar la convivencia en pensiones de sobrevivientes, anotando de manera concluyente que:

*"Así las cosas, es perfectamente posible la construcción de parejas donde los roles masculinos y femeninos no son los tradicionales, **así como las edades de quienes las componen**, sin que por ese hecho se rompa la comunidad de cuidado, comprensión, construcción de vida familiar entre los miembros que las componen".* (Negrilla fuera del texto).

Forzoso es concluir entonces, que la promotora del proceso allegó prueba idónea que demostró convivencia que aduce tuvo con el causante durante los últimos cinco (5) años de vida de éste y que exige el art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes, a partir del 17 de octubre de 2016,

sobre el 100% de la prestación económica que percibía Samuel Alfonso Cárdenas para el momento de su fallecimiento, tal y como lo dispuso el juzgador de primer grado.

En consecuencia, se mantendrá incólume la sentencia confutada en lo que hace a este punto de reproche.

11. Excepción de 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 y hecho exigible la pensión desde el 17 de octubre de 2016, es claro que el término de prescripción empezará a contarse a partir de esta última 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 la actora elevó reclamación el 17 de noviembre de 2016, misma que fue resuelta de manera negativa mediante Resolución RDP 004486 del 8 de febrero de 2017, decisión que fue confirmada mediante Resoluciones RDP 004298 del 6 de febrero de 2018 y RDP 010138 del 21 de marzo de 2018; por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta éste último día y mes del año 2021. Como la demanda no se presentó en ese lapso, dichas mesadas prescribieron.

Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 21 de marzo de 2021, la actora presentó una nueva reclamación el 15 de junio del mismo año, de allí que prescriben las mesadas pensionales causadas con anterioridad al mismo día y mes, pero

del 2018, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada dentro de los tres años siguientes, como se dijo.

Ahora, como el juzgador de primer grado declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la encartada sobre las mesadas causadas y no canceladas con antelación al 14 de marzo de 2019, punto frente al cual no hubo reparo por la demandante, la Sala mantendrá incólume tal decisión.

12. Retroactivo Pensional. Es claro para la Sala que por virtud de lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P. los jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, lo que conlleva a determinar el valor del retroactivo causado; sin embargo, una vez revisada la prueba documental no se encuentra el valor de la mesada pensional que venía percibiendo el causante para el año 2016, razón por la cual se confirmara la decisión de instancia en el sentido de ordenar que a partir del 17 de octubre de 2016 se reconozca la pensión de sobrevivientes en un 100% del monto pensional que venía percibiendo Samuel Alfonso Cárdenas, 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. El retroactivo pensional se reconocerá y pagará a partir del 14 de marzo de 2019, en tanto que, como se dijo con anterioridad, las mesadas causadas y no canceladas con antelación a dicha calenda, se encuentran afectadas por el medio exceptivo propuesto por la encartada.

13. Intereses moratorios. Establecidos 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 sobrevivientes, discurrendo 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"*

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001"*, 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), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también *"cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de la UGPP al establecer la inexistencia de la convivencia de la pareja, cuando esta se desprende del mismo haz probatorio que con anterioridad se citó. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 6 de diciembre de 2017, por lo que la entidad tenía hasta el 6 de febrero de 2018, para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la actora, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde esa data; empero no se puede obviar que sobre los mismos también recae la excepción de prescripción que la encartada en oportunidad procesal propuso.

Así, como se dijo con anterioridad, la demandante interrumpió la prescripción con la presentación de la nueva reclamación administrativa, esto es, 15 de junio del 2021, por manera que debe entenderse que, con anterioridad a ese mismo día y mes, pero del año 2018, también se encuentran prescritos los intereses moratorios conforme lo dispone los artículos 151 del C.P.T y SS y 488 del CST.

Por consiguiente, como el A quo ordenó a pagar a la encartada los intereses moratorios desde el 14 de marzo de 2019 sobre cada mesada atrasada, punto frente al cual, se reitera, no hubo reproche por la demandante, se sigue confirmar la sentencia de primer grado.

14. Costas. Sin costas en esta instancia.

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

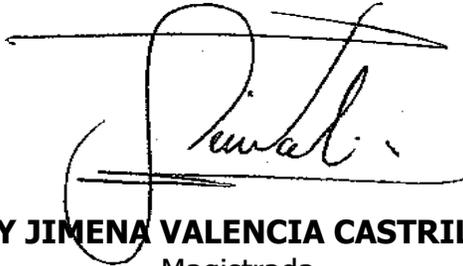
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de diciembre del 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ESKIL ANDERS VIKTOR BYLIN
Demandada: ECOCIUDAD COLOMBIA S.A.S.
Radicado No.: 07-2017-00714-01-02
Tema: APELACIÓN AUTO Y SENTENCIA – HONORARIOS PROFESIONALES - REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 el siguiente,

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda y su reforma. Eskil Anders Viktor Bylin, instauró demanda ordinaria contra Ecociudad Colombia S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de prestación de servicios personales, que tuvo vigencia entre el 6 de junio de 2013 al 3 de agosto del año 2017, siendo pactado como honorarios la suma equivalente al 1.6% del valor del proyecto de construcción de 60 casas denominado "Bosques de Payandé". En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de \$1.317.000.000 por concepto de servicios personales prestados en el cargo de gerente, debidamente indexado, junto con las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió con la encartada el 6 de junio de 2013, contrato verbal de prestación de servicios personales, ocupando el cargo de gerente. Indicó que se pactó como honorarios profesionales el equivalente al 1.6% del valor del proyecto de construcción, estimado en la suma de \$120.000.000.000, correspondiéndole \$1.920.000.000, por dicho concepto. Narró que logró la compra de 6 lotes ubicados en la vereda "El Naranjal" del municipio de Villeta, que englobó en uno solo predio con un área aproximada de 25 hectáreas, que luego proyectó en 60 casas campestres.

Precisó que el proyecto fue debidamente adelantado, al punto que la fase de construcción de las viviendas requería de nueva inversión de capital de los socios, a lo que la mayoría se negó, motivo por el cual quedó en suspenso. Adujo que ante tal situación tuvo que presentar renuncia el 31 de enero de 2017 al cargo desempeñado, lo cual se formalizó en la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de agosto del mismo año. Advirtió que laboró para la sociedad demandada por un lapso superior a 4 años, con la promesa de recibir sus honorarios equivalentes al 1.6% del proyecto que adelantó en un 68.6%. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 205 a 220).

2. Trámite procesal. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., celebrada el 3 de mayo de 2021, se dispuso por el cognoscente de primer grado

la desvinculación de las personas naturales y jurídicas demandadas Silvia Henao Gómez, María Alejandra Taborda, Jorge Enrique Echeverry, Liliana Castaño, Enrique Farre Rodríguez, Pablo Zambrano, Martha Zambrano Baquero, Inversiones Elizabeth Acosta S.A.S. y María Elizabeth Acosta De La Torre.

3. Contestación a la reforma de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que el demandante no tuvo vinculación alguna con la sociedad, siendo únicamente socio de ésta. Refirió que en tal calidad fue nombrado representante legal de la compañía, periodo en el que detectaron irregularidades que no permitieron desarrollar el objeto social, ni inició y finalización del proyecto de construcción denominado Bosques de Payande. Frente a los supuestos fácticos aceptó de forma parcial los enlistados en los numerales 7°, 8°, 10° a 13° y 17°. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, pleito pendiente, abuso del derecho y violación a las normas de orden comercial y como de mérito las que denominó transacción, carencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación, pago y cobro de lo no debido. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, págs. 324 a 336).

4. Trámite procesal. La reforma de la demanda fue admitida en auto del 15 de mayo de 2019 (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 310). Descorrido el término de traslado de esta, en providencia calendada 5 de junio de 2019, se tuvo por contestada a favor Ecociudad Colombia S.A.S., decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada. (Expediente digital, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 337).

5. Auto apelado. En auto del 2 de diciembre de 2021, se fijó fecha para resolver la solicitud de corrección realizada por la parte demandante, debido a que en la sentencia de primera instancia existió un error involuntario en la suma que allí se mencionó.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la **demandada** formuló recurso de apelación aduciendo que, si la apoderada del demandante pretendía aclarar o adicionar la sentencia de primer grado, debía hacerlo dentro de la audiencia llevada a cabo el pasado 28 de octubre de 2021, situación que no ocurrió, por tanto, resultando extemporánea. Indicó que, si se procuraba la corrección de errores aritméticos, debió resolverse mediante auto y no mediante audiencia, como erróneamente la fijó el A quo, en contravía de lo dispuesto en el artículo 286 del C.G.P.

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre del 2021, corregida mediante providencia calendada 14 de diciembre de 2021, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios para desempeñarse como representante legal de la sociedad desde el 19 de abril de 2013 al 25 de mayo de 2017 y, en tal virtud, condenó a la encartada a pagar honorarios causados como consecuencia de su labor a partir del 11 de noviembre de 2014, tomando como base el monto equivalente a 8 SMMLV, para cada año de servicio, debidamente indexado. Así mismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y gravó en costas a la accionada.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, citó el acervo probatorio, para significar que desde la contestación de la demanda la pasiva acepta que el actor fue

representante legal de la sociedad por decisión unánime de los accionistas, quien contaba con amplias facultades. Indicó que no fue objeto de discusión la calidad de accionista con la que contaba en la empresa, siendo en esencia el debate entre las partes, la remuneración que debía percibir al ejercer dicha función, toda vez que en acta de socios por medio de la cual fue designado, no se fijaron honorarios.

El A quo se remitió a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y adujo que el actor si ejerció la representación legal de la empresa y por ello, como contraprestación debe generarse honorarios a su favor, dado que efectivamente sí prestó un servicio a favor de la sociedad, con independencia de su calidad de socio, sin que existiera prueba de que entre las partes se haya pactado la prestación de forma gratuita. Manifestó que no estaba de acuerdo con que los honorarios deben ser tasados en 1.6% del valor proyectado de la construcción de las casas, ante la falta de acuerdo entre las partes que así lo indicará. Con fundamento en ello, consideró que debía tasar los mismos, teniendo para tal efecto como honorarios mensuales la cifra de ocho salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada año. (Expediente digital, audios 42AudioSentencia y 50AudioAutoCorrige).

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que dentro del proceso quedó demostrada la inexistencia del contrato de prestación de servicios solicitado, toda vez que, de la lectura de las actas aportadas por el actor, se evidencia que no fue voluntad de los socios celebrar el citado nexo contractual, sino, la de realizar el proyecto de construcción que sería retribuido con la entrega de casas, mismo que no se desarrolló ni finalizó. Luego de citar las actas incorporadas al proceso, indicó que para la suscripción del nexo civil debía aprobarse por la asamblea general de accionistas, lo cual se encuentra preceptuado en el artículo 52, numeral 13 de los Estatutos, de ahí que el vínculo jurídico no nació a la vida jurídica. Esgrimió que el promotor de la litis no probó que tuviera una remuneración de ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes, como lo estimó el A quo en un uso equivocado del artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., más aún cuando se allegó un dictamen pericial con el cual se pretendió demostrar de forma extemporánea la retribución. (Expediente digital, audios 42AudioSentencia y 50AudioAutoCorrige).

9. Alegatos de conclusión

9.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que se encuentra demostrado la existencia del vínculo contractual entre las partes, por lo que la demandada debe ser condenada al pago de indexado de los valores ordenados por el A quo.

9.2. Demandada. En su escrito de alegaciones indicó que la sentencia proferida inicialmente como su corrección, carecen de fundamento factico, legal y probatorio, toda vez que las pretensiones concedidas por A quo nunca fueron probadas por el demandante; además, las sumas concedidas surgieron del criterio del juez de primera instancia sin sustento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de auto. Ingresó el expediente para estudiar la alzada que se propuso en contra del auto calendarado 2 de diciembre de 2021, por medio del cual el cognoscente de primer grado programó hora y fecha para llevar a cabo audiencia de corrección de sentencia. Aduce el recurrente que el A quo se equivocó al conceder

la solicitud elevada por el actor, pues de haber solicitado por la activa adición o aclaración a la providencia que puso fin a la instancia, ésta resulta evidentemente extemporánea, mientras que la petición de corrección no ha debido resolver mediante diligencia, sino en forma escritural, en los términos del artículo 286 del C.G.P.

Ahora bien, con miras a resolver el asunto puesto a conocimiento de esta Sala, ha de decirse de entrada que no sólo el A quo incurrió en una equivocación al conceder el recurso de apelación que presentó la pasiva, sino también la propia Sala al admitirlo, en atención a que la providencia materia de alzada no está enlistada dentro de los autos que los artículos 65 del CPTSS y 321 del C.G.P. indican como apelables, por tratarse de una decisión de trámite y no interlocutoria que contenga decisión o resolución de fondo.

En ese orden de ideas, considera la Sala, que no resulta viable entrar a estudiar los reparos propuestos por la demandada, por no ser recurrible el auto objeto de alzada, de ahí que deba esta Corporación rechazar de plano el mismo, conforme a lo expuesto.

2. 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.

3. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: ¿Entre Ecociudad Colombia S.A.S. y Eskil Anders Viktor Bylin existió un contrato de prestación de servicios profesionales, de allí que se le adeuden honorarios?; (ii) o, por el contrario, como lo asegura la pasiva que, pese a la calidad de representante legal de la sociedad demandada que regentó, ¿el actor no demostró la actividad personal que desplegó en cumplimiento del objeto contractual y, por tanto, no tiene derecho a la regulación de honorarios?

4. Contrato de Prestación de Servicios Profesionales – Honorarios -. Para resolver los problemas jurídicos que llaman la atención de la Sala, se debe recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señala los artículos 2149 y 2150 Ibidem.

Por consiguiente, es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del

contrato civil, pero no esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, **es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado.** Por manera que los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señala que los honorarios se reducen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

En ese orden de ideas, como se les ha dado a las partes la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, es ese pacto la fuente que normalmente define la controversia generada en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato, sin embargo, cuando ello no obra y se acude a la jurisdicción para buscar su fijación, ello es indicativo de que el profesional ha prestado sus servicios en forma remunerada, de donde corresponde la carga de la prueba, al tenor del artículo 167 del CGP, acreditar, además del servicio, la gestión misma para examinar su calidad, cantidad, duración, entre otros aspectos que le permitan al juez definir su remuneración; o en su defecto, la parte contra quien se aduce, acreditar que dichos servicios fueron prestados en forma gratuita o se pactaron bajo alguna modalidad distinta a la alegada por su contendor, caso en el cual el funcionario judicial se puede apoyar para dicha fijación, tanto en documentos, testigos y en la ayuda pericial.

Así las cosas, se entrará a definir la existencia del vínculo contractual y si los honorarios en verdad se causaron, para luego determinar su valor. Para efectos de lo anterior, se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto, aportadas al plenario, conforme lo determina el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Siendo así, la parte demandante señala desde el libelo genitor que prestó sus servicios profesionales en calidad de representante legal de la sociedad, cuyo objeto en esencia correspondió a la iniciación y finalización del proyecto de construcción denominado "Bosques de Payandé", ubicado en la vereda "El Naranjal" del municipio de Villeta, del cual reclama el pago de unos honorarios.

Bajo el anterior supuesto, nos situamos en el asunto a decidir, observando que la demandada aduce que el A quo cometió un yerro al declarar la existencia del contrato de prestación de servicios, en tanto que, según considera la censura, no fue voluntad de los socios celebrar el citado nexo contractual, máxime que cualquier estipulación en tal sentido debía aprobarse por la asamblea general, lo que no ocurrió. No obstante, pese a tal afirmación, considera la Sala que con las pruebas documentales aportadas al proceso se establece que el mandatario en representación de la sociedad, previo nombramiento realizado a través de asamblea de accionistas del 4 de junio de 2013, inscrita ante Cámara de Comercio el 6 del mismo mes y año, desplegó labor profesional en el proyecto de construcción denominado "Bosques de Payandé", que tuvo como propósito la construcción de 60 casas campestres, tal y como da cuenta los siguientes legajos:

- Obra memoria descriptiva del proyecto de bosques payandé, mediante la cual se expone su localización y emplazamiento, componente sostenible, urbano y arquitectónico y servicios básicos e instalaciones.
- Con posterioridad, se encuentra Resolución No. 130 de 2016, proferida por la Oficina de Planeación Municipal del municipio de Villeta – Cundinamarca, que

concede a la sociedad demandada a través de su representante legal Eskill Anders Viktor Bylin, licencia urbanística de urbanismo y construcción primera etapa de quince viviendas, zonas social y portería en la modalidad de obra nueva – vivienda campestre de dos pisos unifamiliares.

- Adicionalmente, se evidencia la estructura operativa del proyecto de vivienda campestre, al igual, la concesión de aguas subterráneas otorgada por parte de la CAR mediante acto administrativo núm. 0304 del 2017.

Aquellas actuaciones militan la gestión profesional que en representación de la demandada ejecutó el actor, complementada además con la presentación a la asamblea general de accionistas de informes de su gestión y notas de los estados financieros, tal y como aconteció los 25 de febrero de los años 2014, 2016, 2017, de esta manera acredita que ejerció una labor profesional, encaminada esencialmente a la construcción del proyecto "Bosques de Payandé", pues así lo refiere el caudal probatorio, de allí que sea evidente lo desacertado de la censura al esgrimir la inexistencia del contrato de prestación de servicios.

De hecho, tal intelección se ratifica de las mismas actas que suscribió la asamblea de accionistas y sobre las cuales la censura le atribuye un desatino al cognoscente de primer grado en su apreciación probatoria. Así se afirma, por cuanto en ellas se registraron que el actor si se obligó a la ejecución de varios actos a favor de la sociedad demandada, lo que no se redujo a una simple participación del demandante como socio, como lo pretende hacer valer la recurrente, sino, a desplegar actividades tendientes a cumplir con el objeto social, esencialmente a iniciar y culminar con el proyecto de construcción "Bosques de Payandé", pues, tal y como lo dijo el promotor del proceso en su interrogatorio de parte, la empresa fue constituida con ese único fin.

En igual sentido, los demás medios de convicción vertidos al proceso no tuvieron la vocación de desvirtuar el nexo contractual, pues los testimonios practicados no lograron tal cometido en la medida que lo plasmado en ellos, en momento alguno corroboran lo aducido por la llamada a juicio. Por el contrario, el testimonio de Magnolia Glacini Espinosa de Bylin, Zuly Farriente y Robinson Reyes Ramírez, ratificaron la existencia del contrato de prestación de servicios, informando que el promotor del proceso, en su condición de representante legal de la sociedad, se obligó a adelantar el proyecto de construcción denominado "Bosques de Payandé", calidad que mantuvo hasta que por decisión de la Asamblea de accionistas decidieron aceptar la renuncia que presentó. Agregaron en la audiencia que, por decisión de la sociedad, se acordó que sus honorarios corresponden a una de las casas campestres una vez finalizada la obra.

Así las cosas, del caudal probatorio atrás reseñada, no existe dubitación alguna para la Sala, que existió una verdadera prestación de un servicio profesional, al punto que sobresale de ellas, que la remuneración estipulada por las partes por los servicios prestados por el demandante, se contrajo a la entrega de una casa campestre finalizado el proyecto "Bosques de Payandé", tal y como se dejó sentando en acta del 25 de mayo de 2017, por uno de los socios de la empresa aquí convocada a juicio, situación que ratificó la testigo Magnolia Glacini Espinosa de Bylin.

Ahora, siendo clara la existencia del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, mismo que no implica para su perfeccionamiento una formalidad

ad substantiam actus, pues, contrario a lo dicho por la apelante, solo basta para ello la aceptación expresa del encargo encomendado o la simple aceptación tácita, es decir, la ejecución del acto confiado, si se requiere además que aparezcan demostrados los elementos naturales del contrato, entre otros, su objeto y el cumplimiento cabal de las gestiones que cuales se comprometió a desarrollar, presupuesto último que en el asunto no se encuentra probado.

Lo anterior, si se tiene cuenta que, aunque es claro el propósito para el que fue contratado el gestor de la litis, que no es otro que la iniciación y culminación del proyecto de construcción "Bosques de Payandé"; empero, no se allegó ningún medio de persuasión tendiente a demostrar que en efecto el objeto del contrato fue cumplido a cabalidad, para así legitimar el cobro de los honorarios profesionales que aquí reclama, pues todo el haz probatorio apunta a la existencia del nexo civil celebrado entre las partes, más no tienen la virtud de probar el cumplimiento de la gestión encomendada, de ahí que la Sala no comparte las razones indicadas por el juez primigenio, para conceder el pago de honorarios profesionales.

Con todo, aunque es clara la existencia del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, hecho que para Sala se encuentra debidamente ilustrado con las pruebas arrojadas al plenario, mismas que dejan en evidencia que en efecto Viktor Bylin ejerció la representación legal de la sociedad demandada, con el objeto de llevar a cabo proyecto de construcción denominado "Bosques de Payandé"; sin embargo, su objeto no fue finalizado, situación que no sobra precisar es confesada de forma espontánea desde la demanda, al señalarse que la obra adelantó en un 68.6%. De tal suerte que, como las partes pactaron el sistema de cobro de honorarios a la obtención de un resultado, la conclusión necesaria es que no se causaron, en tanto que la remuneración pactada se encontraba condicionada a la finalización del proyecto y lo cierto es que la gestión profesional que adelantó actor, no obtuvo ese resultado efectivo, ni menos a los intereses de quien ahora demanda.

En consecuencia, no se logró demostrar que la convocada a juicio adeude suma alguna por concepto de honorarios profesionales de acuerdo con lo estipulado por las partes, pues quedó debidamente acreditado que no se dieron los presupuestos fijados en el convenio para que se causarían los mismos, de ahí que como el actor no cumplió con la carga probatoria que le incumbe para así legitimar su cobro, esta Sala no puede mantener la condena impartida, lo que impone su revocatoria.

5. Costas. Sin costas en ambas instancias.

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

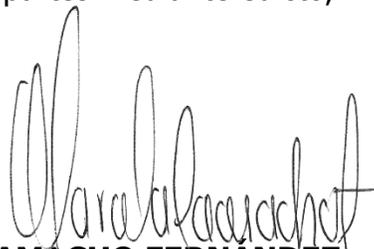
PRIMERO: RECHAZAR de plano el recurso de apelación que interpuso **ECOCIUDAD COLOMBIA S.A.S.** contra el auto que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió el 2 de diciembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de octubre del 2021, corregida mediante providencia calendada 14 de diciembre del mismo año, por el Juzgado

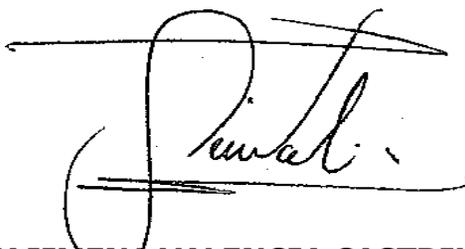
Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción denominada cobro de lo no debido y, en consecuencia, **ABSOLVER** a **ECOCIUDAD COLOMBIA S.A.S.** de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en ambas instancias.

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: FREDY OSWALDO GONZÁLEZ PARRA
Demandada: GLOBAL CONSTRUCTIONS S.A.
Radicado No.: 28-2019-00647-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Fredy Oswaldo González Parra instauró demanda ordinaria contra Global Constructions S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuya vigencia tuvo lugar entre 7 de febrero de 2017 al 30 de abril de 2018, data en que finalizó por mutuo acuerdo. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones y dotaciones, indemnización moratoria, 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 se vinculó con la pasiva a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 7 de febrero de 2017 al 30 de abril de 2018, data en la que su empleador informó que sería trasladado a Seasif Grupo Marco S.A.S., motivo por el cual el laborío sería terminado y finalizado. Refirió que continuó laborando para dicha sociedad, además, que en vigencia de la relación laboral devengaba la suma de \$1.200.000, sin que la demandada haya cancelado sus prestaciones sociales y además acreencias solicitadas. (Expediente digital, PDF 01Demanda, págs. 5 a 8).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º y 4º, relacionado con la existencia de la relación laboral y salario devengado; parcialmente los hechos 2º, 7º al 10º y respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones que denominó del contrato en mención, pago de las obligaciones, incumplimiento por hecho imputable a un tercero y conocido por el demandante – mala fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01Demanda, págs. 37 a 41, 50 y 51).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2022, en la que la falladora declaró que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo el cual estuvo vigente entre el 7 de febrero de 2017 al 30 de abril de 2018, mismo que finalizó por renuncia del trabajador. En consecuencia, condenó a la encartada a pagar a favor del demandante cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas del proceso.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar, entre otras cosas, si hay lugar a imponer condena frente a la

indemnización moratoria. A ese propósito señaló como no controversial la existencia de la relación laboral entre las partes, sus extremos temporales y salario, por así haber sido aceptado por las partes; ni hubo discusión por estas que a la fecha de finalización del laborío la llamada a juicio adeuda al demandante prestaciones sociales y vacaciones.

En lo que respecta a la indemnización moratoria, explicó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la misma no es de aplicación automática, debiéndose en cada caso analizar cuidadosamente el expediente en aras de determinar si el empleador actuó o no de buena fe ante la falta de pago de salarios o prestaciones, así como en el incumplimiento del deber de consignación de las cesantías al fondo respectivo, pues solo así es procedente fulminar condena por este rubro.

Bajo ese norte, refirió que la pasiva justifica su omisión en virtud de los inconvenientes financieros que tuvo con un tercero, además, en tanto que se encuentra inactiva desde hace más de seis años; no obstante, dijo que dichos argumentos no pueden ser considerados como actos de buena fe, pues la liquidez o falta de recursos no justifica el impago de prestaciones sociales, como tampoco la situación del caso fortuito o fuerza mayor para exonerarse lo de la indemnización moratoria, tal y como lo ha dicho el alto Tribunal, en sentencia de radicado 37288 del año 2012, debiendo por tanto imponer su condena.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandada** formuló recurso de apelación esgrimiendo que la indemnización moratoria se debe reconocer a partir del hecho de que el empleador no pague salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo y que su incumplimiento obedezca a su mala fe, de ahí que no aplica de forma automática. Refirió que en el presente asunto probó su buena fe, pues ante la existencia de una sustitución patronal, en otro proceso, se le canceló lo adeudado al trabajador, situación que no pudo demostrar en la medida que la empresa estuvo inactiva por más de cinco años, sin que tuviera la posibilidad de aportar los soportes del pago. (Expediente digital, audio 04AudioAudiencia).

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

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. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar lo siguiente: ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por no ser recurrido por las partes que entre Fredy Oswaldo González Parra y Global Constructions S.A., existió una relación laboral, ni sus extremos temporales, modalidad o duración, salario y la labor que desarrolló y, que en virtud del citado nexo contractual se le adeudan cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones en la forma y cuantía determinada por la juez primigenia.

4. Indemnización moratoria. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió la cognoscente de primer grado al inferir la existencia de mala fe del empleador en la no solución de acreencias laborales a favor del actor.

Frente a lo primero 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, sin embargo, 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, la misma 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, 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.

De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que la buena fe del empleador ante el incumplimiento en el pago de prestaciones sociales que puede dar lugar a la moratoria, debe ser analizada de acuerdo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato, pues, es a partir de allí que se imparte la condena, según los presupuestos anotados.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no pagar prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral, de allí que le asista razón a la sentenciadora de primer grado cuando impuso su condena, al considerar que el deudor moroso no demostró que su obrar hubiese estado ceñido a la buena fe, pues es claro que sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó.

Lo anterior, además, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con el actor se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales dado a que se encontraba atravesando una deficiencia económica, lo que llevó a la inoperatividad de la empresa por más de 5 años, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, *"aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo."*(SL16884-2016)

De ahí que no sea factible predicar la buena fe de la sociedad demandada, como lo pretende la recurrente, tampoco porque esgrima que no le quedó adeudando suma alguna al actor por concepto de prestaciones, pues es del caso resaltar que sobre tal aspecto no existe prueba alguna tendiente a demostrar que el actor recibió el monto de prestaciones sociales y vacaciones. Y es que habiendo señalado el promotor del proceso que no recibió el pago de estas acreencias, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso, sin que sea suficiente con aducir que lo hizo, ya que no es dable tener como ciertos los hechos que afirman las partes, pues a nadie le es permitido fabricar su propia

prueba, para después beneficiarse de ella. Además, porque dicha exigencia solamente compete a la sociedad enjuiciada, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le corresponde, acotando, sin que evidencie esta Corporación imposibilidad alguna para su aportación en el juicio primigenio - fuerza mayor o caso fortuito -, todo lo cual en procura de enervar las obligaciones que se le atribuye.

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto no se observa ninguna razón válida para exonerar el pago de la indemnización moratoria se sigue confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

5. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Global Constructions S.A. y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

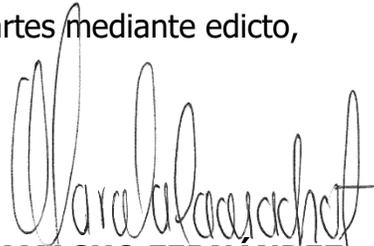
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho 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 demandante y a cargo de Global Constructions S.A. 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 del demandante y a cargo de Global Constructions S.A. en la suma de \$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: MARTHA FLOR ÁNGELA AGUILERA CIENDUA
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 35-2021-00389-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- GRADO JURISDICCIONAL
DE CONSULTA – MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 el siguiente,

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y, en consecuencia, se ordene a la encartada continuar pagando pensión de jubilación que venía recibiendo Vicente Amado Amado, fallecido el 3 de enero de 2021, junto con las mesadas causadas, 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 14 de noviembre de 1998, contrajo matrimonio con Vicente Amado Amado, sin que durante su vigencia hayan procreado hijos. Indicó que su esposo falleció el 3 de enero de 2021, lo cual le trajo consigo decaimiento, tristeza, melancolía y angustia, situación que la obligó a recibir tratamiento médico y ausentarse de su lugar de residencia habitual. Explicó que en los últimos catorce años el causante convivió con su cónyuge, razón por la que solicitó reconocimiento de la sustitución pensional, misma que fue negada por la pasiva. (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda)

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que, en armonía a la investigación administrativa, la actora no logró acreditar el requisito legal de convivencia exigido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, de ahí que no haya lugar al reconocimiento pensional. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 3º, 8º y 10º relacionados con que el señor Vicente Amado Amado antes de su fallecimiento percibía pensión de jubilación en cuantía de \$2.717.175

y la solicitud y negativa del derecho pensional a la actora. Respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste legal, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 17contestaciónColpensiones)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 11CorreoConstanciaNotificación); 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 21 de octubre del 2022, en la que el fallador condenó a la encartada a sustituir el 100% de la pensión reconocida al señor Vicente Amado Amado a la demandante, a partir del 3 de enero de 2021, prestación que deberá pagarse junto con las mesadas adicionales e incrementos legales a que haya lugar. Condenó el reconocimiento y pago de retroactivo pensional y no condenó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal decisiva, señaló como no controversial la fecha del deceso del causante y la calidad de pensionado de aquel, de ahí que indicó que la normatividad aplicable para resolver el caso en concreto es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003. En tal sentido, respecto de la calidad de beneficiaria de la actora refirió que a la data de fallecimiento del señor Vicente Amado Amado tenía una edad superior a 50 años, quienes contrajeron matrimonio el 14 de noviembre de 1998, sin que obre dentro del registro civil notas marginales de disolución del vínculo que los unía o sentencia judicial que así lo indique.

Seguidamente, se dispuso a verificar la convivencia entre la pareja, para lo cual citó apartes de la sentencia de rad. 82455. 28 de septiembre de 2021. Analizado el acervo probatorio por el A quo, éste precisó que la promotora del proceso acreditó convivencia ininterrumpida con el causante durante más de 20 años, pues así lo predicaba de lo afirmado por los testigos, del interrogatorio a la demandante, las declaraciones extrajudicio y de la historia clínica aportada al diligenciamiento.

Estimó que no eran de recibo las argumentaciones señaladas por Colpensiones, según las cuales, la demandante no demostró haber convivido durante los 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, pues el hecho de no haber continuado con la convivencia obedeció a malos tratos que recibió de su pareja, *"lo que en todo caso no equivale a determinar que no existiera un vínculo afectivo o que no continuaba vigente el matrimonio y menos aún se pueda llegar a concluir que la demandante no le corresponde el derecho a la pensión de sobrevivientes"*. Explicó que del historial médico de la actora se evidenciaba la relación sentimental que tenía con el causante y si bien de dicho documento se extrae que la pareja se encontraba en proceso de divorcio, lo cierto es que también se registró que a pesar de que la actora *"no sentía bien en su matrimonio, continuó con el mismo y convivía con Vicente Amado aproximadamente desde 2018"*.

Luego de citar la situación médica de la actora y la sentencia SL1130 del 2022, sostuvo que desde el año 2013 aquella venía recibiendo apoyo psicológico y psiquiátrico originado por los problemas de la relación entre los esposos, tomando la decisión de iniciar el proceso de divorcio en el año 2020, por lo que deducía la falta de convivencia al momento

del deceso del pensionado. Pese a lo anterior, adujo que *"no puede por este hecho este fallador negar el reconocimiento al derecho pensional, haciendo invisible los casi 20 años de comunidad de vida que formaron la pareja de esposos, y menos aún resguardados bajo la perspectiva judicial de que debe tener en cuenta los casos que se presenta violencia intrafamiliar, como en el presente y el deber de protección de la mujer en un tal contexto y bajo una perspectiva absoluta de género."*

Por lo expuesto, estimó que la actora probó convivencia por más de 20 años, de ahí que debía acceder a las pretensiones de la demanda. Atinente a la excepción de prescripción formulada por la pasiva señaló que el causante falleció el 3 de enero de 2021, por lo tanto, la demandante debía presentar su solicitud pensional dentro de los tres años siguientes, situación que ocurrió e incluso la acción judicial dentro de ese interregno, conforme consta en el acta de reparto; de ahí que no debía declarar probado el medio exceptivo formulado por la pasiva. (Expediente electrónico, audio 44AudienciaGrabaciónReunión)

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que conforme al contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, al accionante no convivió en calidad de cónyuge permanente con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, por tanto, no cumple con los requisitos para la sustitución pensional que pretende.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua, en calidad de cónyuge supérstite de Vicente Amado Amado, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y si tiene derecho al pago del retroactivo pensional?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Vicente Amado Amado se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 4797965, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 3 de enero de 2021. (Expediente electrónico, PDF 05Prueba, pág. 4)

4. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Vicente Amado Amado fue pensionado por la encartada, por medio de la Resolución núm. SUB134834 del 25 de julio de 2017, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo SUB68815 del 17 de marzo de 2021.

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 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 3 de enero de 2021. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

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. Ahora bien, no admitiendo discusión que el pensionado falleció el 3 de enero de 2021, 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 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua nació el 27 de marzo de 1957, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 05Prueba, pág. 7), luego para la muerte del señor Vicente Amado Amado contaba con 63 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9. 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 Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua contrajo matrimonio con el causante el 14 de noviembre de 1998 (Expediente electrónico, PDF 05Prueba, pág. 1), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado civil registrado.

10. Prueba de convivencia de la cónyuge. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua, en calidad de cónyuge supérstite a reclamar pensión de sobreviviente ante Colpensiones, dicha entidad mediante Resolución SUB68815 del 17 de marzo de 2021, negó la misma con fundamento en la investigación administrativa, según la cual "(...) no se logró establecer que la señora Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua y el señor Vicente Amado Amado, hubiera convivido como expresa la solicitante desde el día 14 de noviembre del año 1998 hasta el día 03 de enero de 2021, fecha en la que fallece el causante."

Respecto de este tema, 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** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral 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."

El anterior criterio se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020. Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Vicente Amado Amado, y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando en el expediente administrativo arrimado por la encartada, declaraciones extraprocesales de María Cristina Montufar Dulce y Sonia Barrera Orjuela, quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron a la demandante desde hace 20 y 30 años respectivamente y, en tal virtud, dieron cuenta de que estuvo casada con Vicente Amado Amado, con quien convivió desde el día de su matrimonio, esto es, el 14 de noviembre de 1998, hasta la fecha de fallecimiento de su esposo, 3 de enero 2021, compartiendo techo, lecho y mesa, de forma continua e ininterrumpida.

Obra interrogatorio de parte de la demandante, quien refirió que al momento de fallecimiento del actor se encontraba en Mocoa junto con su hermano Arnulfo Amado Amado y a causa del Covid-19 no pudo asistir a sus honras fúnebres. Precisó que para el año 2020 se hallaba tramitando divorcio judicial con el causante y pese a ello convivió con él hasta el 11 de noviembre de 2020, fecha en que viajó a la citada ciudad y acordaron vender los enseres familiares. Destacó que desde el año 2017 estuvo pendiente de la enfermedad de su esposo y en general sobre su estado de salud.

Por otro lado, se recaudó la declaración de Claudia Tolosa Garzón (vecina de la pareja), señalando que la actora se encontraba casada con Vicente Amado, quienes convivieron hasta diciembre de 2020, dado que el causante se fue a vivir a Mocoa, lugar donde fue su deceso a causa de Covid-19 que presentó durante un mes. Indicó que a pesar de que la pareja no procreó hijos, si convivieron por un espacio superior a 5 años, a lo que sumó que la actora estuvo pendiente de sus enfermedades en los años 2017 y 2018, tanto que le ayudaba a su movilidad debido a que se encontraba en imposibilidad de caminar. Le constó que el pensionado viajaba constantemente a la citada ciudad, pero su residencia era en Bogotá, en el barrio Pablo Sexto, donde habitaba con su esposa.

Incorporó la demandante el testimonio de Claudia Amparo Valencia Gutiérrez (cuñada de la actora), quien señaló que conoció a Vicente Amado desde el año 2000 y, por tal razón, le constó que la pareja convivió desde aquella fecha y hasta el año 2020, momento en que causante viajó por negocios inmobiliarios a Mocoa - Putumayo. Narró que no tuvieron hijos, tampoco se separaron, además, que el pensionado tenía un hijo extramatrimonial no muy cercano a los casados; que falleció por Covid-19, cuando se encontraba en la citada ciudad, lo que le impidió a su esposa presenciar los actos fúnebres. Informó que la relación sentimental se proyectó de manera normal y por virtud de sus visitas observó que no se separaron, a pesar de que tuvieron discusiones e interpusieron demanda de divorcio.

En esa misma orientación rindió versión Nohora Ketty Ciendua Reyes (prima de la demandante), aduciendo que la pareja conformada por la demandante y el señor Vicente Amado se casaron hace más de 18 años, quienes no tuvieron hijos. Informó que el fallecido tuvo un hijo extramatrimonial, además, que aquel viajaba por negocios inmobiliarios, en especial a Santander y Mocoa, lugar donde falleció. Indicó que el causante tenía problemas en sus pulmones, al punto que en el 2018 fue hospitalizado en la Clínica San José de Bogotá, estando pendiente su esposa en compañía de una hermana. Informó que el pensionado era agresivo con su esposa y le prohibió fuertes tratos.

Declaró Ana Lucía Moreno Beltrán esgrimiendo que es amiga de la pareja, quienes convivieron hasta el momento de fallecimiento del pensionado. Refirió que su esposa no lo acompañó en su lecho de muerte, debido a que se fue para Mocoa a fin de atender sus negocios. Indicó que no tenía conocimiento de que estaban en proceso de separación, más, sin embargo, nunca observó que la convivencia se hubiera interrumpido, siendo una relación sentimental normal.

Por último, la testigo Olga Inés Aguilera Ciendua, quien por su familiaridad (hermana) que tiene con la demandante, manifestó que aquella se casó en el año 1998 con Vicente Amado Amado, quienes no se separaron y siempre mantuvieron juntos hasta el 10 de diciembre de 2020, data en la que el pensionado viajó por negocios a la ciudad de Mocoa y donde se produjo su muerte que lo fue el 3 de enero de 2021. Conoció que su hermana interpuso acción judicial con miras a su separación, pues adolece de depresiones por la falta de diálogo y despreció que le proporcionaba. Adujo que, pese a ello, la convivencia se mantuvo, pero a la fecha mantiene tratamiento psicológico.

Así entonces, contrario a lo esgrimido por la pasiva, los medios de convicción dan cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y perduró hasta el deceso de aquél. Los testimonios al unísono declararon que de cujus nunca abandonó el hogar y convivieron desde su vínculo matrimonial hasta el 10 de noviembre de 2021, lo cual resulta coherente con el propio dicho de la actora. 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 dado el vínculo de familiaridad y vecindad, señalando conjuntamente la inexistencia de otra relación sentimental diferente a la de Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua y el causante.

Siendo menester precisar que la poderhabiente judicial de la pasiva oportunamente formuló tacha de sospecha contra los testigos Claudia Amparo Valencia Gutiérrez, Nohora Ketty Ciendua Reyes y Olga Inés Aguilera Ciendua, por considerar que mantiene un vínculo de familiaridad con la actora.

En ese sentido, debe decirse que el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de enemistad o amistad, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Precisión necesaria para denotar que los deponentes no tienen 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 las testigos fueron claras, contundentes y contestes al señalar la cohabitación entre Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua y el causante durante el lapso exigido, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaban imposibilitadas para conocer en detalle sobre tal supuesto, pues, no puede olvidarse que mantenían cercanía con la pareja, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de su convivencia.

Además, llama la atención de la Sala la consonancia de sus versiones con el resultado de la investigación final que realizó Colpensiones. En efecto, allí se registró la entrevista realizada al señor Laureano Amado, sobrino del causante, quien manifestó que la pareja convivió desde hace aproximadamente 20 años en el barrio Pablo Sexto de Bogotá.

Así mismo, con respecto a lo declarado por Leonardo Andrés Amado Suárez, hijo del causante, mismo que narró: *"...conoce la convivencia de su padre, el señor Vicente Amado Amado con la señora Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua desde hace aproximadamente 20 años. Refieren que eran casados y vivían en el barrio Pablo Sexto en Bogotá, también confirma que los implicados habían iniciado un proceso de divorcio en diciembre del año 2020 el cual no prosperó por el fallecimiento de su padre, pero comenta que antes de iniciar el proceso de divorcio habían dejado de convivir desde mayo del año 2020 ya que su padre viajó a Mocoa para vivir allí, los últimos 5 meses vivió en Mocoa en una vivienda rentada. Se le indaga por qué motivo se trasladó el causante a Mocoa e informa que fue por irse a vivir allí, no por temas laborales ya que su padre era pensionado. Informa que su padre se llevó todas sus pertenencias para su residencia en Mocoa. Finalmente, confirma que no procrearon hijos de la unión."*

En este punto, debe anotarse que, aunque los medios de convicción dejan en evidencia que la pareja no convivió durante los dos meses anteriores a la fecha de fallecimiento del causante o como se registró en la investigación, desde mayo del 2020, deben tener en cuenta los años que compartió la pareja antes del rompimiento de la convivencia, los cuales, a simple vista son superiores a los cinco años que exige la norma, tiempo en el cual resulta evidente que la pareja mantuvo lazos familiares, por manera que la cónyuge lo acompañó durante su vida productiva y participó en la construcción de la prestación económica, siendo solidaria en sus necesidades, al punto que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente, es decir, pese a la separación de cuerpos que se suscitó y la iniciación del proceso judicial con miras a divorciarse, éste nunca finalizó.

En ese sentido, la falta de convivencia entre los cónyuges durante los cinco años anteriores al deceso no es óbice para negar la prestación económica reclamada, además, por cuanto que sobre el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde tiempo atrás estableció que dicho requisito **podrá ser acreditado por la cónyuge en cualquier tiempo**, siempre y cuando permanezca el lazo matrimonial vigente, independientemente de que existiere una separación de hecho, postura reiterada en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, SL3505-2018 y SL1399-2019.

Además, la Sala no puede pasar inadvertidos los relatos de los testigos, quienes dieron fe de que la convivencia se vio afectada debido al **maltrato** psicológico que la accionante recibía del causante, lo cual se ratifica con la historia clínica que aportó aquella y que da cuenta de que estuvo en tratamiento médico por las especialidades en psiquiatría y psicología dado a los diagnósticos de episodio depresivo moderado y trastorno mixto de ansiedad y depresión, a causa de lo siguiente:

"Se evidencia que la paciente ha buscado ayuda profesional desde el 2013 y en cada uno de los reportes describen, que su afectación psico-emocional es en razón a su mala relación de pareja. MARTHA AGUILERA busca ayuda en principio "para solucionar los conflictos en su relación de pareja" pero en el desarrollo de las mismas fue "tomando conciencia que se encontraba en una situación de maltrato y ésta venía deteriorando su salud física y emocional". Es así como decide separarse y para ello comienza una acción legal."

Luego la separación de la pareja y la posterior iniciación del proceso judicial de divorcio ante la jurisdicción de familia, tuvo lugar por circunstancias irresistibles y ajenas a la Señora Aguilera Ciendua, no pudiendo la Sala castigarla con pérdida o disminución de la prestación por ejercer su legítimo derecho de proteger su vida e integridad personal.

Lo anterior, sirve además para hacer hincapié respecto del periodo de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandante que debe tenerse en cuenta para definir la pensión que pretende sucederse, acotando, que el tiempo de coexistencia definido por el A quo debe mantenerse incólume, ya que, si bien Colpensiones predica que no hubo convivencia efectiva, real y material a partir de mayo de 2020, la realidad refleja, como se dijo precedentemente, que tal situación obedeció a los malos tratos a los que fue sometida por parte de su cónyuge.

Así, contrario a lo afirmado por la pasiva, este asunto no puede ser analizado bajo el entendimiento de que la accionante y el señor Vicente Amado Amado después de mayo del año 2020, no tuvieron comunidad de vida basada en el apoyo mutuo, colaboración recíproca, cohabitación bajo el mismo techo y el ánimo de brindarse sostén y asistencia mutua, ya que necesario es analizar dicha condición sobre la **perspectiva de género**, en aras de promover toda prohibición de discriminación contra la mujer, situación que no puede ser ajena a esta Sala de Decisión Laboral, no solo porque existe mandato en ese sentido en nuestra Constitución Política, como se desprende del contenido de los artículos 13, 24, 43 y 53, sino también porque así se encuentra previsto en los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de Constitucionalidad¹, que han sido objeto de desarrollo por nuestras altas Cortes. Con esta interpretación sistemática y finalista se logra materializar el derecho a la igualdad contenido en la carta magna para que no se quede simplemente en lo formal, decisión que propende por la protección de los derechos inherentes a la humanidad de las mujeres, y que resulta acorde a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que no es otra que brindar apoyo al grupo familiar del afiliado o pensionado que fallezca, para que no tenga que soportar además de la carga espiritual también la económica que esta situación trae consigo.

Bajo ese entendimiento, emerge sin duda de la valoración conjunta de los testimonios y el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, que la vida en común con vocación de permanencia fue interrumpida debido a la violencia de género que se presentaba al interior del hogar. Bajo la reseñada situación, es posible advertir que la convivencia fue suspendida no a causa de la intención o querer de la señora Martha Flor Ángela Aguilera Ciendua, sino, de cara a los protervos tratos que recibía del señor Vicente Amado Amado.

Frente a este tema, nuestra H. CSJ en sentencia SL2010 de 2019 enseñó que el presupuesto de la convivencia exigido legalmente no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de los cónyuges, específicamente en contextos en los que

¹ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención interamericana sobre derechos humanos, Convención interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer, Convención sobre los derechos civiles y políticos de la mujer, Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer.

el presunto beneficiario ha sido sometido a maltrato físico y psicológico, que lo lleva forzosamente a la separación, pues no se puede culpar al consorte víctima de renunciar a la cohabitación y castigarlo con la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que además de que la separación es un ejercicio legítimo del derecho a la vida y la integridad personal, el legislador no lo puede obligar a lo imposible o establecerle cargas irrazonables, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico establece una gama de reglas y principios encaminados a prevenir, proteger, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar y violencia en contra de la mujer, precisando que una tesis contraria sería tanto como revictimizarla, y no atendería los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad y la no discriminación, previstos en el artículo 12 de la C.P.

Asimismo, en torno al adecuado entendimiento de dicho precepto legal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1727 de 2020, señaló al respecto:

"Sin duda, el caso bajo estudio plantea una importante tensión para el derecho, esto es, la incidencia de la violencia de género en la determinación del régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes. Esta temática ha sido abordada por la Corte Constitucional y también por esta Sala, en dos supuestos. El primero de ellos, cuando el beneficiario de la prestación resulta ser el agresor, y conforme a derecho, desde una perspectiva preventiva y sancionadora se restringe su acceso a la pensión, pues no se podrían derivar beneficios económicos para éstos.

El caso es ilustrativo porque da cuenta de la excepción realizada por la jurisprudencia constitucional al aplicar la norma, cuando aún cumpliéndose los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, se pierde el derecho por ejercer violencia contra la pareja, en virtud de la tutela a bienes jurídicos elementales como son la vida o la integridad física².

En el segundo supuesto, de contornos similares al estudiado, la potencial beneficiaria de la pensión de sobrevivientes fue víctima del maltrato doméstico, y como consecuencia de ello, se produjo la separación entre los cónyuges. Sin embargo, aunque no existía convivencia al momento del deceso del causante, esta Sala en la sentencia CSJ SL2010-2019 concedió la prestación

Los fundamentos expuestos para otorgar el beneficio pensional fueron: (i) que la accionante interrumpió la convivencia con su cónyuge debido a los actos de violencia a los que éste la sometía; (ii) que el requisito de convivencia para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente no es exigible cuando se prueba, siquiera sumariamente, que la separación fue culpa exclusiva del cónyuge causante; (iii) que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los 5 años de convivencia exigidos para la sustitución pensional podían darse en cualquier tiempo, mientras se mantuviera el vínculo del matrimonio; (iv) que el requisito de convivencia no se podía considerar incumplido solamente por la separación de cuerpos, cuando la beneficiaria fue sometida a maltrato físico y psicológico; y (v) que existen reglas y principios en el ordenamiento jurídico colombiano que obligan al Estado a prevenir, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar."

De cara a lo anterior, forzoso es concluir entonces, que la promotora del proceso allegó prueba idónea de la convivencia que aduce tuvo con el causante por más de cinco (5) años en cualquier tiempo y que exige el art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes a partir del 3 de enero de

² En ese sentido ver ZÚÑIGA ROMERO, Marjorie (2018). Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre pensiones en los eventos de homicidio y suicidio. Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social No. 207, Mayo-Junio. Legis. Bogotá.

2021, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Vicente Amado Amado para el momento de su fallecimiento, tal y como lo dispuso el juzgador de primer grado.

En consecuencia, se mantendrá incólume la sentencia confutada en lo que hace a este aspecto.

11. Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 3 de enero de 2021, la reclamación administrativa se presentó el 4 de febrero de 2021, que fue resuelta a través de Resolución SUB68815 del 17 de marzo de 2021, por lo que debía desde allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 25 de agosto 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. En consecuencia, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia la sentencia consultada.

12. 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 **\$82.099.226,12**, correspondiente a las mesadas causadas entre 3 de enero de 2021 al 31 de marzo de 2023. A partir del día siguiente Colpensiones deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a **\$3.246.409**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y se pagará por 13 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Celso Muñoz Castaño, fue causada (1 de febrero de 2015) con posterioridad a la vigencia del mismo. En tal sentido, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la sentencia de primer grado.

Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento	Valor Mesada Pensional	Nº. Mesadas	Subtotal
3/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 2.717.175	27 días y 12 meses	\$ 35.051.557,50
1/01/2022	31/12/2022	5,62	\$ 2.869.880	13	\$ 37.308.443,06
1/01/2023	31/03/2023	13,12	\$ 3.246.409	3	\$ 9.739.225,57
Total Retroactivo Pensional					\$ 82.099.226,12

13. Descuentos. Se autoriza igualmente a Colpensiones 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.

14. 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: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 21 de octubre del 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a **MARTHA FLOR ÁNGELA AGUILERA CIENDUA**, la suma de **\$82.099.226,12**, como retroactivo pensional causado desde el

13 de enero de 2021 al 31 de marzo de 2023. A partir del 1º de abril de 2023, deberá seguir reconociendo una mesada pensional en cuantía de **\$3.246.409**, que se incrementará anualmente, conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

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

TERCERO: 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

-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 AVELINDA RUÍZ
Demandada: FONCEP
Radicado No.: 07-2016-00619-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DEMANDADA
– MODIFICA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 Avelinda Ruíz instauró demanda ordinaria contra Foncep, Hernando Alberto, Olga Marina, Miguel Honorio, Ligia Esmeralda y Marisol Urrego Molina, herederos determinados e indeterminados de María Ligia Molina de Urrego, con el propósito de que se declare que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Honorio María Urrego Beltrán, en su calidad de compañera permanente supérstite. En consecuencia, se dispusiera a su favor el reconocimiento de la sustitución pensional que en vida disfrutó el causante, en cuantía inicial equivalente al 50% de la mesada pensional, a partir del 15 de febrero de 2011. Pidió en forma subsidiaria la sustitución pensional en cuantía inicial equivalente al 25%, desde el 15 de febrero de 2011 y hasta el 29 de febrero de 2012 y a partir del 1º de marzo de 2012 en cuantía del 50%. En todo caso, solicitó el retroactivo pensional que se cause, intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Honorio María Urrego Beltrán en vida se encontraba disfrutando de pensión de jubilación a cargo del Foncep, falleciendo el 15 de febrero de 2011. Refirió que convivió con el pensionado desde el año 1990 hasta el día de su deceso y de esa relación marital nacieron los menores Diana Yineth y Diego Andrés Urrego Ruiz, razón por la cual solicitó el reconocimiento de pensión de sobrevivientes y mediante Resolución No. 1609 del 18 de agosto de 2011, la encartada resolvió reconocer el 50% de la mesada pensional a los citados menores, mientras que el 50% restante se dispuso dejar en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria definiera la controversia presentada con la cónyuge supérstite.

Explicó que el causante contrajo matrimonio con María Ligia Molina de Urrego el 9 de agosto de 1958, quien falleció el 1º de marzo de 2012, de ahí que se extinguió la controversia presentada entre las beneficiarias. Como consecuencia de su deceso indicó que solicitó nuevamente el reconocimiento pensional; sin embargo, la demandada negó nuevamente la prestación económica hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronunciara para tal efecto. (Expediente digital, PDF 0 01Demanda, págs. 5 a 13)

2. Contestación de la demanda

2.1. Foncep. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no le asiste derecho a reclamar la prestación económica que pretende la actora, ya que también se presentó la señora María Ligia Molina de Urrego, quien falleció el 1° de marzo de 2012, en calidad de cónyuge supérstite. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1°, 2°, 5° a 9°, 11° a 13° relacionados con que a Honorio María Urrego Beltrán le fue reconocida pensión de jubilación, su fecha de fallecimiento y de su cónyuge supérstite, la solicitud y negativa del derecho pensional a la actora. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de mesadas pensionales, prescripción de la acción, improcedencia de los intereses pretendidos y genérica. (Expediente digital, PDF 04ContestaciónFoncep, págs. 1 y 2)

2.2. Hernando Alberto, Olga Marina, Miguel Honorio, Ligia Esmeralda y Marisol Urrego Molina, herederos determinados e indeterminados de María Ligia Molina de Urrego. Al contestar la demanda a través de Curadora Ad Litem, se opusieron a las pretensiones de la actora, señalando que como se discute pensión de sobrevivientes, se atiene a las resultas del proceso. En lo que hace a los hechos no le constaban ninguno de ellos y en su defensa formularon excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. (Expediente digital, PDF 05ContestaciónCurador y 09ContestaciónCurador)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 04ContestaciónFoncep, págs. 4 a 14); 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 16 de enero del 2023, en la que el fallador ordenó a la encartada reconocer y pagar a la demandante una mesada pensional por valor del 50% del salario mínimo legal mensual vigente, misma que se acrecentará una vez los hijos pierdan derecho sobre la misma. Condenó al Foncep el retroactivo pensional causado desde 15 de febrero de 2011 "*hasta la fecha de hoy*", debiendo realizar los descuentos por concepto de salud, junto con el pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema jurídico a dilucidar, si le asiste derecho o no a la actora al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que venía devengando Honorio María Urrego Beltrán, en su calidad de compañera permanente. A ese propósito, señaló como no controversial la fecha de fallecimiento de éste, momento para el cual se encontraban vigente los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Luego de citar el contenido de aquellas disposiciones, se adentra al análisis del acervo probatorio, para luego precisar que quedó plenamente demostrado que la actora tiene derecho al reconocimiento pensional, en la medida que los medios de convicción dan cuenta de que esa unión nacieron dos hijos, quienes disfrutaron el 50% de la prestación, sin que tal condición se haya impugnado o a lo sumo, invalidado los registros civiles de nacimiento, por tanto, su vinculación "filial" se encuentra vigente. Agregó que los testigos son coherentes y asertivos con el dicho de la demandante y pese a que hubo contradicciones en las fechas, no se podía descalificar su testimonio, más aún cuando se trata de personas de avanzada, quien no pueden ofrecer fechas de forma precisa.

Refirió que, si bien la promotora del proceso manifestó que su relación sentimental con el causante se mantuvo oculta desde 1990 y hasta de 2005, lo cierto es que desde esa

época se hizo público su vínculo marital, al punto que procrearon dos hijos, vivían en la misma casa y previo a su fallecimiento, la compañera permanente brindó cuidado y apoyo, de ahí que infirió que aquella demostró el requisito de convivencia exigido por la normatividad que citó y, por ende, debía acceder a las pretensiones de la demanda.

Respecto a los derechos que podrían reconocerse a los herederos de María Ligia Molina de Urrego, adujo que aquellos no comparecieron al proceso, sino por intermedio de Curador Ad Litem, quienes no intervinieron como terceros excluyentes, para efectos de un pronunciamiento. Pese a lo anterior, precisó que la cónyuge supérstite falleció en marzo de 2012, de ahí que cualquier mesada causada con anterioridad al año 2013 se encuentra prescrita.

Atinente a la excepción de prescripción formulada por la pasiva sobre las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante, indicó que de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., aquella realizó solicitud pensional el 24 de octubre de 2011, misma que fue resuelta mediante Resolución 1787 de 2011, la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto primigenio; sin embargo, no se interpuso la demanda dentro de los tres años siguientes, pues se formuló el 2 de noviembre de 2016, de ahí que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al año 2013, se encuentran prescritas. (Expediente digital, audio 20AudienciaFallo)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1 Demandante. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación argumentando que no ha debido ser declarada la excepción de prescripción, toda vez que la solicitud pensional se realizó el 10 de mayo de 2011 y con misiva radicada el 3 de agosto del año 2012, se informó al Foncep el fallecimiento de la cónyuge supérstite, prestación económica que fue negada el 22 de agosto de 2012, por la demandada. Refirió que la encartada mediante oficio del 15 de mayo de 2015, abrió a pruebas el proceso administrativo, requiriendo sentencia judicial, siendo radicada la demanda el 2 de noviembre de 2016, de ahí que no haya lugar a declarar probado el medio exceptivo.

5.2. Demandada. Sostuvo como argumentos de su alzada que la promotora del proceso indica en declaración extraprocesal que convivió con el causante por más de 21 años, desde el 22 de enero de 1990 hasta el 15 de febrero de 2011, siendo estas fechas contradictorias con los restantes medio probatorios, debido a que en declaración extrajuicio anterior adujo la cónyuge convivencia desde el 9 de agosto de 1958 hasta el año 2001, en su casa de habitación.

Refirió que la actora no convivió con el pensionado fallecido, resultando muy sospechoso que la convivencia fuese pública desde el año 2005, además, el hecho del reconocimiento pensional a sus hijos menores, en la medida que "*la señora Diana Yineth Urrego Ruíz, nació el 12 de junio de 1998*" y si bien es cierto no existe medio suasorio indicativo de que se haya obligado al causante reconocer a sus hijos, también resulta dudoso que solo haya sido reconocida hasta el 10 de julio de 2003; en el igual sentido a su hijo Diego Andrés Urrego quien nació el 11 de diciembre de 2001 y fue reconocido a partir del 29 de mayo de 2003, por su padre.

En ese contexto, adujo que, si convivió con el causante, porque el padre no reconoció antes a sus hijos, sino hasta que pasaron 5 años. Refirió que hubo serias contradicciones entre los testimonios, además, la falta de historia clínica o documental tendiente a ratificar que la actora fue quien cuidó al fallecido en su enfermedad, a lo que sumó que no fue la persona que estuvo a cargo del sepelio, de cara a la factura emitida a favor del hijo del pensionado. Insistió en que la señora Avelinda Ruíz no probó que fuese la compañera

permanente del señor Honorio María Urrego Beltrán, de ahí que deba ser revocada la sentencia de primer grado.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que no operó el fenómeno de la prescripción al haber efectuado las reclamaciones oportunamente y la demora en el trámite obedeció única y exclusivamente a dilaciones en los trámites por parte del Foncep.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones refirió que la actora no probó de manera clara e inequívoca su convivencia con el pensionado fallecido dentro de los últimos cinco (5) años a la muerte de él, por lo que se solicita revocar la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación, principio de consonancia y grado jurisdiccional de consulta. El recurso de apelación interpuesto por el Foncep 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, así mismo, en beneficio de Hernando Alberto, Olga Marina, Miguel Honorio, Ligia Esmeralda y Marisol Urrego Molina, herederos determinados e indeterminados de María Ligia Molina de Urrego, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa y no haberse interpuesto el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del mismo estatuto procesal.

Esto último, se explica porque si bien los herederos de María Ligia Molina de Urrego no presentaron escrito de intervención como terceros Ad Excludendum, si hubo oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que se atenían a las resultas del proceso, esto es, respecto a la definición del derecho pensional en controversia, lo que motivó pronunciamiento por parte del fallador de primer grado, en el sentido de declarar prescrito el derecho a reclamar mesadas pensionales por parte de aquellos, tal y como se anotó en los antecedentes de esta sentencia. De ahí que la Sala se encuentre habilitada para estudiar el grado jurisdiccional de consulta en su favor, por ser la sentencia totalmente desfavorable, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿A María Ligia Molina de Urrego, en calidad de cónyuge supérstite y María Avelinda Ruíz, como compañera permanente, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por la muerte del señor Honorio María Urrego Beltrán, acaecida el 15 de febrero de 2011?; (ii) En caso afirmativo, establecer ¿Cuál es el porcentaje de la cuota parte que corresponde a cada una de las beneficiarias en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Honorio María Urrego Beltrán, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 07104215, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 15 de febrero de 2011. (Expediente digital, PDF.

02AnexosDemanda, pág. 9)

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 15 de febrero de 2011. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Honorio María Urrego Beltrán fue pensionado por el Foncep, por medio de la Resolución núm. 1435 del 26 de octubre de 1981, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo 1609 de 18 de agosto de 2011.

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1° 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. Ahora bien, no admitiendo discusión que el pensionado falleció el 15 de febrero de 2011, 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 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

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 4° 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 los herederos determinados e indeterminados de María Ligia Molina de Urrego, como cónyuge supérstite

9.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Ligia Molina de Urrego nació el 1 de febrero de 1927, según da fe la copia de su

cédula de ciudadanía (Expediente digital, PDF 08AnexosFonpet, pág. 121), luego para la muerte del señor Honorio María Urrego Beltrán contaba con 84 años cumplidos.

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 en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora María Ligia Molina de Urrego contrajo matrimonio con el causante el 9 de agosto de 1958 (Expediente digital, PDF 08AnexosFonpet, pág. 113), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado civil registrado.

9.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. En relación con este aspecto, debe empezar la Sala por analizar el acopio probatorio con ánimo de establecer si la señora María Ligia Molina de Urrego, en su calidad de cónyuge, acreditó convivencia con el causante durante **5 años en cualquier momento**, independientemente de que existiere una separación de hecho, postura reiterada en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, SL3505-2018 y SL1399-2019. Frente a este puntual aspecto, de entrada, advierte la Sala que no se allegó medio de convicción alguno tendiente a demostrar que tuvo relación sentimental con vocación de permanencia con el señor Honorio María Urrego Beltrán por lo menos durante el tiempo legalmente exigido.

Ello es así, en tanto que de las declaraciones extraprocesales que se allegaron junto con el expediente administrativo, se observa que los señores Luis Enrique Melo Bernal y Tito Vivas Carranza, manifestaron que, aunque conocieron de vista, trato y comunicación por espacio de 40 y 45 años al señor Honorio María Urrego Beltrán y que *"por el conocimiento que de él (ella) tuve me consta que vivió **CASADO** durante **NUEVE DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO (1958)**, con él (la) señora (a): **MARÍA LIQUIDA DE URREGO** (...). De su unión existen cinco (05) hijos (...), **todos mayores de edad, de igual manera manifiesto que por una relación extramatrimonial existen dos (02) hijos menores de nombres DIANA Y DIEGO URREGO de edades 12 y 8 años de edad. Igualmente manifiesto que la señora **MARÍA LIGIA** dependía económicamente del señor **HONORIO** en cuanto derechos de salud se refiere por ser beneficiaria."***

También lo es que dicha de declaración no es posible determinar la existencia de convivencia por un tiempo mínimo de cinco años continuos en cualquier tiempo, pues esta es precisamente la exigencia establecida para quien invoca la calidad de cónyuge supérstite, sin que sea posible considerar, entonces, que ese requisito quedó plenamente probado con lo registrado en la citada diligencia extraprocesal, dado a que de la misma no se desprende la convivencia real, efectiva y material de la pareja, tampoco si fue constante y estable, descartando una unión esporádica o efímera, por lo que, resulta evidente que no tiene derecho a la prestación, ni siquiera de forma proporcional.

10. Derecho reclamado por María Avelinda Ruíz

10.1. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Avelinda Ruíz, nació el 29 de mayo 1963 y para la muerte del señor Honorio María Urrego Beltrán, contaba con 47 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

10.2. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente 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"*.

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."

10.3. Prueba de la convivencia de compañera permanente. Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Honorio María Urrego Beltrán, y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando declaraciones extraprocesales de Eduardo Rico y María Ana Cecilia Bobadilla Ruiz, quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron desde hace 35 y 24 años respectivamente a la demandante, quien convivió en unión marital de hecho con el causante, indicando que "*sabemos y nos consta que compartieron lecho, techo y mesa de forma ininterrumpida durante 21 años, desde el 22 de enero de 1990 hasta el 15 de febrero de 2011, fecha de su fallecimiento en la ciudad de Bogotá. Sabemos que la señora María Avelinda Ruíz dependía económicamente de los ingresos de su fallecido compañero. Sabemos que la unión de ellos existe dos (2) hijos de nombre Diana Yineth y Diego Andrés Ruiz, de 12 y 9 años de edad respectivamente quienes también dependían económicamente de su padre (...). También declaramos que es de nuestro conocimiento que el señor Honorio María Urrego era casado, pero desde hace aproximadamente 30 años que no convivía con su esposa (...)*"

Por otro lado, obra interrogatorio de parte de la demandante, diligencia en la que afirmó que el señor Honorio María Urrego Beltrán, fue su compañero con quien convivió durante más de 30 años y producto de esa unión nacieron dos hijos. Refirió que se conocieron con el causante en lugar de trabajo hacía el año 1990, donde la visitaba y hacía compras; con posterioridad y luego de cortejarla, se fueron a vivir juntos a la casa de su esposo, donde actualmente reside. Informó que para dicha época el fallecido se dedicaba a realizar labores de peluquería en la estación de Policía de Chapinero, además, que nunca supo de su condición de casado hasta que inició cohabitación con él y con posterioridad al nacimiento de sus hijos, esto es, para el año 2005 aproximadamente. Manifestó que en dicha oportunidad conoció a la cónyuge de su compañero permanente, quien no se opuso a su vínculo sentimental, en la medida que aquella se encontraba viviendo en Estados Unidos con sus hijos hoy demandados. Precisó que mantuvo convivencia de forma ininterrumpida y permanente con el pensionado hasta el día de su fallecimiento que se produjo a consecuencia de un paro cardio respiratorio, a quien le brindó cuidado durante el tiempo que estuvo hospitalizado a causa de sus múltiples enfermedades, entre esas, demencia senil. Respecto del sepelio adujo que Cooserp cubrió los gastos, sin que asistiera la mayoría de sus hijos, además, agregó que su relación sentimental con el causante salió a la luz a partir del año 2005 y aunque en principio sus hijos fueron registrados sin contar con su papá, con posterioridad los reconoció.

Incorporó la demandante el testimonio de María Teresa Ruíz Monsalve (prima de la actora) quien de entrada corroboró lo declarado por la demandante, informando que ella mantenía una relación de forma permanente con el señor Honorio María Urrego Beltrán desde el año 1990, conocimiento que tuvo por sus múltiples visitas a la pareja. Informó que el causante realizaba labores de peluquería en su lugar de vivienda en el barrio Simón Bolívar de la ciudad de Bogotá y hacía cortes a miembros de la Policía Nacional. Narró que falleció en el hospital a consecuencia de sus múltiples diagnósticos médicos, además, previó al deceso, su esposa estuvo al tanto de sus enfermedades y hospitalizaciones. Por último, hizo saber que conoció a la cónyuge del pensionado en el año 2008, quien llegó de visita a la vivienda de la pareja y consintió de la relación sentimental.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó a la actora tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron judicial y extrajudicialmente, pues contrario a lo afirmado por la censura, ésta ratificó lo aseverado por Eduardo Rico, María Ana Cecilia Bobadilla Ruiz y María Teresa Ruíz Monsalve, 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 María Avelinda Ruíz sí tuvo una convivencia durante el citado lapso, 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, a lo que suma que la testigo de la promotora de la litis con contundencia dio cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones hasta el deceso de aquél. Al unísono declaró que de cujus nunca abandonó el hogar y siempre prodigó por su manutención y sostenimiento. Versión que resulta creíble para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentra respaldada 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.

Por consiguiente, analizada en conjunto la prueba incorporada por la demandante, ella permite evidenciar la convivencia que predica con el pensionado fallecido, pues a pesar de que la testigo no fue precisa en la edad de la hija de la pareja, si fue coincidente en afirmar que mantuvieron relación afectiva y que cohabitaron como pareja, sin que le conociera al señor Urrego otra relación sentimental, deducción que hace porque percibió directamente su trato, dado el vínculo de familiaridad que mantiene con la accionante y que le permitía visitarla en la casa de habitación donde residía con frecuencia; de su relato se extrae, además, su dependencia económica frente al causante, y que estuvo al tanto de las enfermedades que padeció el fallecido durante sus últimos días de vida, hechos que evidencian ese sentimiento de procurarse un cuidado y atención solidaria, elementos estos entre otros, que configuran una verdadera relación de pareja, sea entre compañeros permanentes o cónyuges.

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 Avelinda Ruíz 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 los hijos de la pareja se reconocieron por el causante con posterioridad al registro civil, pues para los efectos de la pensión de sobrevivientes ese acto jurídico no es indicativo de falta de convivencia permanente o continua entre los compañeros.

11. Conclusión. Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes a la actora, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 15 de febrero de 2011, tal y con acierto lo dedujo el juez de primer grado.

12. 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 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 y hecho exigible la pensión desde el 15 de febrero de 2011, es claro que el término de prescripción empezará a contarse a partir de esta última 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 la actora elevó reclamación el 10 de marzo de 2011, misma que fue resuelta de manera negativa mediante Resolución núm. 1609 del 18 de agosto de 2011, notificada el 6 de septiembre de 2011, decisión que fue confirmada por acto administrativo núm. 1887 del 12 de octubre de 2011, por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta este último día y mes del año 2014. Como la demanda no se presentó en ese lapso, dichas mesadas prescribieron.

Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 12 de octubre de 2014, la actora no presentó una nueva reclamación, pues contrario a lo afirmado por la recurrente, la Sala no evidencia medio suasorio tendiente a acreditar ello, pues el oficio que menciona como respuesta a derecho de petición, data del 15 de mayo del mismo año, de allí que la interrupción del fenómeno prescriptivo sobre estas operó cuando fue presentada la demanda que ocurrió el 2 de noviembre de 2016. De manera que, conforme a las disposiciones citadas, las mesadas causadas y no reclamadas con antelación al mismo día y mes de la reclamación, pero del año 2013, se encuentran cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

En esa medida, es claro que no incurrió en error el sentenciador de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada la demanda, por manera que se impone confirmar la decisión del A quo que sobre tal aspecto arribó.

13. Retroactivo pensional. Es claro para la Sala que por virtud de lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P. los jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos; no obstante, en el presente asunto se hace imposible determinar el retroactivo pensional causado a favor de la señora María Avelinda Ruiz a partir del 15 de febrero de 2011 y hasta la fecha de esta sentencia, toda vez que no se tiene certeza si las condiciones pensionales de los jóvenes Diana Yineth y Diego Andrés Urrego Ruiz aún deben mantenerse o no por efectos del cumplimiento de la mayoría de edad, pues no existe medio de convicción en el proceso tendiente a acreditar si ostentan la calidad de estudiantes.

En consecuencia, el **FONCEP** deberá reconocer y pagar el 50% de la prestación dejada en suspenso, a partir del 15 de febrero de 2011, y sobre la suma que percibía el causante para el momento del fallecimiento, esto es, **\$536.270**, 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. Lo anterior se explica en tanto que se trata de una pensión que debe ser distribuida con los jóvenes Diana Yineth Urrego Ruíz y Diego Andrés Urrego Ruiz, beneficiarios también de la prestación, circunstancia que no sobra precisar se constata con el acto administrativo 1887 de del 12 de octubre de 2011, por medio de la cual se confirmó la Resolución núm. 1609 de 18 de agosto de ese año, misma que informó el reconocimiento pensional a su favor y en el monto atrás citado.

Cabe advertir, que el derecho de Diana Yineth Urrego Ruíz y Diego Andrés Urrego Ruiz, en calidad de hijos beneficiarios del 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 estudiantes durante dicho interregno. Luego en el evento en que el derecho pensional de los jóvenes se extinga o se pierda, la prestación económica reconocida a favor de María Avelinda Ruiz por esta Sala, deberá ser cancelada en un 100% a partir de la data en que ello ocurra, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994.

En ese sentido, se modificarán los numerales 1° y 2° de la decisión apelada y consultada, dado a que es evidente el yerro que cometió el fallador de primer grado al liquidar y condenar el retroactivo pensional causado a favor de la compañera permanente del causante con extremo final el 16 de enero de 2023, - data de la sentencia de primer grado - sin antes advertir la falta de prueba en el proceso tendiente a demostrar si se mantienen las condiciones pensionales de los jóvenes atrás citados.

14. Descuentos. Se autoriza igualmente al **FONCEP** 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.

15. Costas procesales de primera instancia. Por último, en lo atinente a las costas que impuso el juzgador de primer grado en su contra, cumple recordar que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso y si bien, el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 dispone que ante la controversia entre cónyuges y compañera(o) permanente la prestación debe quedar en suspenso mientras la jurisdicción dirima el conflicto, lo cierto es que en el presente caso, existió una clara oposición al reconocimiento de las prestación por parte de la convocada a juicio como se desprende del contenido de la contestación de la demanda, por manera que no es procedente su revocatoria.

16. Costas procesales de segunda instancia. Sin costas en esta instancia, por no haber prosperado los recursos de apelación formulados por las partes.

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

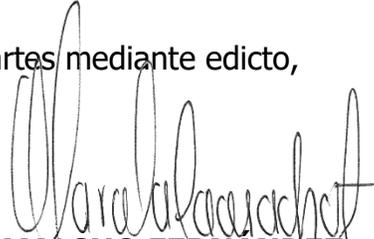
PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida el 16 de enero del 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que la señora **MARÍA AVELINDA RUÍZ** le asiste el derecho a percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes causada por su compañero permanente fallecido Honorio María Urrego Beltrán, esto es, sobre la suma de **\$536.270**, a partir de **15 de febrero de 2011**, la cual debe ser cancelada con los incrementos legales y en catorce mesadas pensionales al año.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, **CONDENAR** al **FONCEP** a cancelar a la señora **MARÍA AVELINDA RUÍZ** el valor del retroactivo pensional que tiene derecho, de conformidad con los porcentajes establecidos en la Ley, esto a partir del 2 de noviembre de 2013 y hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados, conforme a lo motivado.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

CUARTO: 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: JESÚS MANUEL SÁNCHEZ QUITIAN
Demandados: CONSTRUCTORA 9910 S.A.S. Y OTRO
Radicado No.: 05-2021-00188-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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. Jesús Manuel Sánchez Quitian instauró demanda ordinaria contra Constructora 9910 S.A.S. y solidariamente a Hernán Darío Fonseca Herrera, con el propósito de que se declare que con la sociedad accionada existió un contrato de trabajo verbal, desde el 17 de diciembre de 2019 y que aún se mantiene vigente. Como consecuencia de ello, se condene a los demandados al pago de salarios, cesantía, sus intereses y sanción por la no consignación de estas, vacaciones, prima de servicios, aportes a pensión y salud, 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 celebró con los demandados un contrato de trabajo verbal, para desempeñar funciones de vigilancia del Edificio Andes Angust, el cual está en obra. Refirió que el 26 de diciembre de 2019 entre las partes celebraron contrato de arrendamiento de vivienda urbana, cuyo fin fue la de desvirtuar la relación laboral, sin que el citado nexo civil cuente con los elementos del artículo 1502 del C.C., como quiera que su consentimiento fue viciado, entre otras cosas. Expuso que ejecutó actividades de vigilancia, debiendo cuidar materiales, herramientas y otros bienes de la obra de construcción y en contraprestación a tal labor acordaron el pago de un salario mínimo legal mensual vigente, sin que este haya sido cancelado, así como prestaciones sociales a las que tiene derecho. (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, págs. 1 a 11).

2. Contestación de la demanda. Al momento de recorrer el término de traslado los demandados en un solo escrito se opusieron a la totalidad de pretensiones formuladas. Frente a los hechos adujeron que no le constaban ninguno de estos y en su defensa alegaron que el demandante ingresó como arrendatario del inmueble ubicado en la transversal 57 No. 104B – 54, barrio Puente Largó en la ciudad de Bogotá, lugar donde la sociedad Constructora 2012 S.A.S., está adelantando el proyecto de construcción del Edificio Anglo 104, de ahí que mal podría alegarse la relación laboral que pregona el actor.

Propusieron las excepciones de mérito que denominó inexistencia coetánea de dos contratos, uno laboral y el otro de naturaleza distinta civil o comercial, de las obligaciones

laborales contenida en el artículo 25 y 26 del C.S.T., inexistencia de la relación laboral, temeridad, mala fe, fraude y colusión en el presente proceso. (Expediente electrónico, PDF 07Contestación).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de septiembre de 2022, en la que el fallador declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y, en consecuencia, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, citó lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del C.S.T., para luego precisar que le corresponde al convocante de la litis probar la prestación del servicio personal a favor de la sociedad demandada, para que se active la presunción, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, debiendo desvirtuarla por la pasiva. En virtud de ello, de entrada advirtió la inexistencia de prueba tendiente a acreditar que el demandante realizó actividades de vigilancia, en la medida que, si bien obra contrato de arrendamiento firmado por el aquí actor, lo cierto es que aparece allí como arrendador del inmueble la sociedad Constructora 2012 S.A.S., persona jurídica distinta a la aquí demandada.

Precisó que el contrato de arrendamiento allegado por el actor da cuenta de ese vínculo contractual entre arrendador y aquel en calidad de arrendatario, donde debe imponerse el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades escritas; no obstante, estimó que bastaba con *"escuchar al propio Jesús Manuel Sánchez Quitian en su interrogatorio de parte para observar como él confiesa que no se dedicó a ninguna labor de vigilancia, porque nos narró el día a día desde enero o febrero del 2020"*, desarrollando actividades de ventas ambulantes en la misma cuadra de la obra, situación corroborada por los testigos. Refirió que el actor indicó que durante la tarde estaba dedicado a sus estudios, de manera que *"con esos horarios que él mismo describió, entonces ¿a qué hora se dedicaba a desempeñar y desarrollar las labores de vigilancia?, cuando él mismo nos describía su actividad de venta ambulante el tiempo que le invertía, el tiempo que le consumía en las horas a que se dedicaba en su venta ambulante y las horas a las que se dedicaba a sus estudios universitarios."*

A lo anterior sumó que el contrato de arrendamiento se suscribió con persona jurídica distinta a la aquí demandada, por lo que tampoco podía proferir condena en contra de esta, de ahí que debía absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor. (Expediente electrónico, audio 13AudienciaArt80).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que, aunque confesó que realizaba actividades adicionales a su labor de vigilancia, entre esas, académicas; sin embargo, no desvirtuaba el hecho de que la persona natural demandada lo contrató para ejecutar servicios de guarda de seguridad en la obra de construcción del edificio. (Expediente electrónico, audio 13AudienciaArt80).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la sentencia de primer grado no se encuentra ajustada, en tanto que no observó en debida forma las particularidades del caso bajo estudio, concluyendo que no existe una relación laboral en la medida que no se logró demostrar la prestación personal del servicio. Peticionó probó los tres elementos básicos del contrato de trabajo, a pesar de que es un caso complejo debido a que el empleador, luego de celebrar un contrato laboral de trabajo de forma verbal, lo induce a firmar un contrato de arrendamiento con una sola finalidad desvirtuar la obligación contractual inicialmente pactada.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones refirió que el actor no probó los hechos que fundamentan sus pretensiones, además, no desarrolló el proyecto de construcción en Bogotá D.C., ni en el Edificio Anglo 104.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el 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 el recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La sociedad Constructora 9910 S.A.S. fungió como empleador del aquí actor?; (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario, modalidad contractual, además, ¿Le asiste derecho al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social y demás pretensiones de orden condenatorio que se solicitaron en la demanda?; y (iii) ¿si el señor Hernán Darío Fonseca Herrera es solidariamente responsable en el pago de las condenas?

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 suponga 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.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la sociedad demandada tuvo lugar a partir del 17 de diciembre de 2019 y que aún se mantiene vigente. Frente a esta pretensión, en respuesta al libelo introductor se esgrimió la inexistencia del vínculo laboral y por la misma razón se opuso a su declaratoria. Por su parte, el Juzgador de primer grado sobre tal aspecto indicó que, de cara al acervo probatorio, el actor no demostró la prestación personal del servicio a favor de los demandados, lo que le impedía activar la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., debiéndose por tanto absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

Bajo ese contexto, es pertinente destacar por la Sala que el promotor del proceso no allegó medio de convicción tendiente a demostrar que prestó sus servicios en favor de la sociedad Constructora 9910 S.A.S. o como le dice en la apelación a Hernán Darío Fonseca Herrera, pues sobre este aspecto únicamente se aportaron las declaraciones extrajudicio de los señores José Guillermo Ardila Rojas y Diego Armando Escobar López, las cuales no pueden apreciarse como medios de prueba, toda vez que ambas partes en oportunidad

procesal pertinente requirieron su ratificación, en los términos del artículo 222 del C.G.P., misma que no se efectuó, en tanto que no se presentaron a la diligencia respectiva, de ahí que el juzgado declaró precluida la oportunidad de la práctica de los testimonios, decisión que no fue objeto de reproche por las partes.

Además, ha de descartarse como prueba demostrativa de la prestación personal de servicios personales del señor Sánchez Quitian y Constructora 9910 S.A.S., el contrato de arrendamiento que allegó aquel junto con la demanda, pues este en nada informa acerca del servicio que aduce prestó a la sociedad demandada, pues solo se extrae del mismo que el actor celebró un negocio jurídico con una empresa distinta a la aquí convocada a juicio, esto es, Constructora 2012 S.A.S, y pese a que allí se menciona como representante legal a Hernán Darío Fonseca Herrera, tal aspecto de ninguna forma acredita la labor a favor de éste o de la persona jurídica aquí encartada.

En esa medida, de entrada, advierte la Sala que ningún yerro cometió la Juez de primer grado al descartar que los aquí demandados actúan como verdaderos empleadores del actor, al punto que tampoco obtuvo una inferencia equivocada al concluir que el promotor de la litis habitó el predio objeto del contrato de arrendamiento, para uso de vivienda urbana, sin conformar entre estos una relación de índole laboral. Lo anterior, se explica a partir del interrogatorio de parte que absolvió, mismo que dejó en evidencia que no ejercía vigilancia sobre el bien inmueble, ni debía velar por su conservación y custodia, en la medida que aunque residía en la obra, lo cierto es que realizaba diariamente ventas ambulantes en lugar diferente a la propiedad, cuya actividad iniciaba a las 2:00 de la mañana y terminaba cerca de las 9:00 o 10:00 de la mañana; con posterioridad a esa hora, manifestó que por acuerdo con el señor Hernán Darío Fonseca Herrera, vendía almuerzos a los trabajadores de la construcción y una vez finiquitada la venta, así como sus estudios universitarios realizados entre las 6:00 p.m. a 10:00 de la noche, descansaba en lugar asignado por aquel.

Es claro, entonces, que el actor no debía vigilar o cuidar el lugar y los equipos que allí permanecían, sino, según lo acordado, tenía a cargo el uso y goce del predio ante la suscripción del contrato de arrendamiento. De hecho, tales situaciones fácticas fueron corroboradas por los señores Olga Susana Cárdenas Parra y Juan Mauricio Hernández López, testigos de la parte demandada, quienes declararon que el gestor de la litis residía en el predio, sin realizar labores de vigilancia, en tanto que aquel se dedicaba actividades de ventas ambulantes, más aún cuando la seguridad del inmueble se brindaba a través de cámaras, al punto que se presentaron hurtos a la propiedad, sin consecuencia alguna para el actor.

De esta suerte, la Sala no vislumbra que el Juzgador incurriera en un desacierto al entender que, aunque el demandante ocupó el inmueble y eventualmente pudo haber realizado algunas actividades que pudieran beneficiar al predio, como poner cadenas y candados a la puerta de entrada de la vivienda, al punto que indirectamente ejercía un control sobre el bien, tales situaciones no son por sí mismas indicativas de que hubo prestación personal del servicio a favor de los demandados, ni mucho menos que conlleven necesariamente a predicar subordinación u obediencia de órdenes, más aún cuando se desprende de su dicho que no le fueron impuestas labores que limitaran su autonomía sobre su tiempo.

En el hilo de lo expuesto, si lo que pretende el actor es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. Ello es así, dado que en los términos del

artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que al no demostrarse que el actor hubiese prestado los servicios personales a favor de Constructora 9910 S.A.S. o Hernán Darío Fonseca Herrera, tampoco es dable presumir la relación laboral subordinada entre las partes, en armonía al artículo 24 del CST, por lo que es claro que debe absolverse a la parte demandada, tal como lo dedujo el juez primigenio, de allí que no le quede otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia de primer grado.

4. Costas. Sin costas en esta instancia por no haberse causado. 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

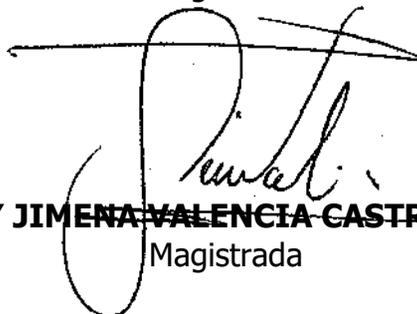
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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: EMPERATRIZ RODRÍGUEZ SUÁREZ
Demandada: UGPP
Radicación: 35-2020-00398-01 –02
Tema: APELACIÓN AUTO Y SENTENCIA – PENSIÓN CONVENCIONAL-
MESADA 14- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 el siguiente,

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Emperatriz Rodríguez Suárez instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que declare que fue retirada de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, teniendo 20 años de servicio y sin haber cumplido la edad de 50 años; que causó su derecho pensional en la citada fecha, tal y como lo establece el parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 causada, de manera indexada y junto con el pago de costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, entidad que dio por terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1999. Refirió que adquirió su derecho pensional convencional en la citada data, la cual se hizo exigible una vez cumplió la edad de 50 años, esto es, 12 de marzo de 2006. Indicó que mediante la Resolución núm. 5132 del 14 de marzo del 2006, le fue reconocida la citada prestación económica, en cuantía inicial de \$1.243.931,05, además, le fue reconocida la mesada adicional de junio o catorce.

Narró que inició proceso ordinario laboral, con el fin de obtener la indexación de la mesada pensional y en virtud de la orden judicial, mediante Resolución núm. 0413 del 13 de febrero de 2013, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, actualizó el salario promedio mensual devengado, elevando a \$1.867.214 la mesada pensional a partir del 12 de marzo de 2006. Precisó que a consecuencia de ello de manera unilateral el citado fondo suspendió el pago de la mesada adicional de junio. (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 08NotificaciónAndje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante acreditó el derecho pensional

después de la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005, cuya mesada pensional superó el límite dispuesto en la citada norma, de ahí que no sea factible el reconocimiento y pago de la mesada adicional o catorce. En lo que hace a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 5°, 6°, 8° y 9°, relacionados con que la Caja Agraria reconoció pensión convencional mediante la Resolución núm. 5132 del 14 de marzo del 2006, misma que fue reliquidada por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en cuantía de \$1.867.214. Frente a los demás señaló no ser cierto o no constarle y formuló como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario y, de fondo las que denominó improcedencia del derecho alegado por derogatoria normativa – inexistencia de la obligación, improcedencia de la condena en costas, presunción de legalidad y firmeza de los actos administrativos, buena fe, prescripción y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 14ContestaciónDemandaExpedienteAdministrativo)

4. Trámite procesal. La demanda fue admitida en auto del 2 de diciembre de 2020, disponiendo la notificación personal de la convocada a juicio. Evacuada la misma, en providencia calendada 26 de octubre de 2022, se tuvo por contestada la demanda.

5. Auto apelado. En audiencia de que trata artículo 77 del CPT y SS celebrada el 18 de enero de 2023, el A quo declaró no probada la excepción previa propuesta, considerando que de conformidad con el artículo 61 del C.G.P., no es necesaria la comparecencia de Colpensiones, por no involucrar pretensiones dirigidas en su contra, las cuales de llegar a prosperar, le corresponderá a la pasiva asumir su pago, mientras que a la citada administradora solo 13 mesadas pensionales, dado a que reconoció pensión de vejez con fecha de causación en el año 2011 y en cuantía superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, de ahí que, en caso de una condena, no sería afectada.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la **demandada** formuló recurso de apelación aduciendo que Colpensiones mediante Resolución GNR 360826 del 29 de noviembre de 2016 reconoció pensión de vejez a la aquí demandante, por lo tanto, la UGPP únicamente se hace cargo del pago del mayor valor de la prestación que actualmente percibe, por lo tanto, si se reconoce la mesada 14, la citada administradora se vería no sólo afectada, sino, además, se le impide ejercer su derecho de defensa y contradicción.

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero del 2023, en la que el fallador condenó a la demandada UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante, la suma de \$19.426.728.10, por concepto de mesadas adicionales de los años 2017 a 2022, debidamente indexado, disponiendo que, a partir del mes de junio de 2023, sea reconocida mesada catorce. Por último, gravó en costas a la encartada.

Como sustento de su decisión indicó que la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante Resolución núm. 5132 del 14 de marzo del 2006, reconoció a la actora pensión de jubilación convencional a partir del 12 del mismo mes y año, en cuantía de un \$1.243.931,05, indexada mediante Resolución núm. 0413 del 13 de febrero de 2013. Refirió que Colpensiones mediante acto administrativo GNR 360826 del 29 de noviembre de 2016, decide reconocer beneficio pensional de carácter compartido con la prestación reseñada, misma que fue ajustada mediante resolución del 27 de enero de 2017.

Frente a su causación expuso que el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo, contempla los requisitos para acceder a la prestación económica, los cuales corresponden a 20 años de servicios y 50 años, para el caso de las mujeres, disposición que fue analizada ampliamente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Luego de citar la sentencia 89447 de 2022, estimó que contrario a lo expresado por la encartada, la edad se convierte en mero requisito para el disfrute de la pensión y no de

su causación, por lo tanto, siendo cierto que la demandante se retiró de la Caja el 27 de junio de 1999, quien contaba para dicha fecha con 21 años y 293 días de servicio, es claro que su beneficio pensional se causó en esa fecha y su disfrute a partir del cumplimiento de edad.

Aclarado lo anterior, esbozó que la pasiva reconoció mesada adicional del mes de junio desde el 14 de marzo de 2006 hasta el año 2013; sin embargo, teniendo en cuenta que su beneficio pensional se causó el 27 de junio de 1999, resulta ser acreedora de la misma, en tanto que no fue afectada por el Acto Legislativo 001 de 2005, debiendo ordenar su pago. Respecto a la excepción de prescripción explicó que la reclamación administrativa se presentó en el año 2020 y la demanda se interpuso el 27 de octubre del mismo año, por lo que las mesadas adicionales generadas entre el año 2014 al 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo. (Expediente electrónico, audio 18Audio77yFallo)

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la accionada interpuso recurso de apelación señalando que el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se refiere exclusivamente a los beneficios de pensiones restringidas o de sanción, situación que no concurre en el presente asunto, como quiera que a la actora le fue reconocida pensión de jubilación con fundamento en la convención colectiva de trabajo, misma que señala que su disfrute lo es cuando se arriba a la edad requerida; fecha para la cual se encontraba vigente el Acto Legislativo 001 de 2005, no siendo por tanto acreedora a la mesada catorce, en tanto que su cuantía supera con creces tres salarios mínimos mensuales vigentes de esa época. De otro lado, en lo que hace a las costas expuso que, de cara al precedente jurisprudencial, su condena únicamente procede cuando se ha demostrado mala fe o ha ejecutado actuaciones dilatorias, circunstancias que no se probaron, de ahí que no haya lugar a su imposición. (Expediente electrónico, audio 18Audio77yFallo)

9. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que frente a la mesada de junio – mesada 14, es necesario aplicar lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que la mesada pensional de la actora asciende a la suma de \$1.243.931.05 para el año 2006, siendo que, para esa fecha el salario mínimo legal mensual se encontraba en la suma de \$408.000, por consiguiente, la demandante superó el límite impuesto por la norma, para la fecha de causación de la prestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de auto y principio de consonancia. Sea lo primero indicar que la providencia que decida sobre excepciones previas es apelable en términos del numeral 3° del artículo 65 del CPT y de la SS, en consecuencia, los recursos de apelación interpuestos por la demandada respecto del auto y la sentencia se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A *ejusdem* 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 su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Apelación de auto

2.1. Problema jurídico. Corresponde en primer lugar a la Sala dilucidar lo siguiente: ¿Es procedente por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 61 del C.G.P., acceder a la integración de Colpensiones como litisconsorte necesario por pasiva?

2.2. Litisconsorcio necesario por pasiva. Para decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, mediante la cual declaró no probada la excepción previa incoada

por la demandada, cumple señalar que, de conformidad con el artículo 61 del C. G. del P., existe litis consorcio necesario cuando la situación jurídica sustancial o la pretensión deducida no puede ser materia de decisión eficaz, sin la concurrencia al proceso de todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia. Es decir, procede cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el operador judicial no puede adoptarse sin que concurren al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia.

Pues bien, en el sub judice debe decir desde ya por la Sala que Colpensiones no es litisconsorte necesario de la accionada, en tanto que, no se evidencia que entre estas medie una relación jurídica sustancial que haga inviable resolver sobre las pretensiones esbozadas en la demanda, pues con independencia de que esta última señale que en caso de condena debe concurrir en proporción al pago de la mesada catorce, resulta relevante destacar que, de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *"se ha pronunciado en torno a que, en los eventos en que varias entidades públicas deban concurrir con cuotas partes para la financiación de una pensión, no resulta forzosa la intervención de todas al proceso, al no estructurarse para el caso un litisconsorcio necesario"*, en la medida que la entidad llamada a juicio cuenta *"con la posibilidad de que el obligado repita el pago contra los otros entes, en la proporción que les corresponda"*, según sea el caso. (SL112 de 2020, providencia que reitera lo señalado en sentencias SL, 16 feb. 2005, rad. 22993 y SL, 28 sep. 2005, rad. 24912)

Luego, entonces, se considera a partir de dicho referente jurisprudencial que la administradora que se pretende vincular no es litisconsorte necesario, pues su presencia no resulta indispensable para que se profiera un fallo válido que dirima el conflicto aquí planteado, al punto que, si se concluye que la demandada debe reconocer y pagar la mesada adicional del mes de junio, nada impedirá que se profieran las condenas a las que haya lugar, pues el fallo involucrará a las partes necesarias: la pensionada –como titular del derecho- y la UGPP –como responsable directa de su pago-, de allí que no sea fundamental su citación.

Ahora, debe dejarse claro que la razón que justifica la convocatoria de la citada persona jurídica al proceso, esto es, para que no se le vulnere su derecho de defensa y debido proceso, tampoco resulta ser un argumento válido que haga necesariamente e indefectible el llamado de Colpensiones, no sólo porque dicha justificación no se acompasa con las previsiones del artículo 61 del C.G.P., sino, por cuanto a que la vulneración de derechos de esa índole no puede producirse en el juicio, como quiera que ninguna pretensión la involucra o se ventila en su contra.

Así las cosas, como quiera que no se dan los presupuestos de la citada disposición adjetiva para declarar probada la excepción dilatoria propuesta, sin más consideraciones que hacer se confirmará en este sentido la decisión que con acierto tomó la A quo.

2.3. Costas en segunda instancia. En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del CGP

3. Apelación de sentencia

3.1. Problema jurídico. Se centra en establecer: ¿A la demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14, o por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005?

3.2. Mesada adicional de junio. Para resolver el problema jurídico que ahora concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que la actora estuvo vinculada a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo que tuvo vigencia entre 5 de septiembre de 1977 hasta 27 de junio de 1999; tampoco que el derecho pensional se concedió a la luz del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, con 21 años y 293 días, y 50 años de edad, que se advirtieron satisfechos al 12 de marzo de 2006, cuya cuantía inicial correspondió a \$1.299.659,16, prestación económica que fue ajustada mediante Resolución 0413 del 2008, para disponer una mesada pensional en la suma de \$1.867.214.

En ese orden, se recuerda que las pretensiones de la actora se orientan a obtener el restablecimiento de la mesada adicional de junio, punto sobre el cual es necesario precisar que, por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce procede para todos los pensionados, con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1° de enero de 1988.

Ahora bien, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En consecuencia, para determinar si en efecto, la reforma constitucional del año 2005 tuvo la virtud de afectar el derecho de la demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se causó su derecho a la pensión por jubilación convencional, recabando que el inciso 8° de dicho acto legislativo precisó que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, es decir, con la edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como la demás condiciones que señala la ley.

En ese hilo conductor, se dejó sentado en precedencia que a la gestora de la litis se le definió su derecho conforme a la pensión de jubilación contenida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y su Sindicato de trabajadores, vigente entre 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 1999, cuyo texto es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 41.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"

PARÁGRAFO PRIMERO. - El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución"

Sobre el entendimiento de la citada cláusula, contrario a lo esgrimido por el apoderado judicial de la demandada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos como el aquí debatido, señaló en sentencia SL526-2018, la cual reiteró las sentencias SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019, que el parágrafo 1° del texto convencional aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes en vigencia del acuerdo perdieron su condición de trabajadores activos, siempre que acrediten haber prestado 20 años de servicio, en tanto que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación. Al respecto, anotó:

"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...]

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, es claro que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que estando vigente el acuerdo convencional perdieron su condición y cuando menos hayan laborado para la entidad 20 años de servicio, pues, la edad de 50 años, para el caso que concita la atención de la Sala, es tan solo un requisito de exigibilidad.

Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que la trabajadora prestó sus servicios con la extinta Caja Agraria desde 5 de septiembre de 1977 hasta 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 21 años y 293 días, momento para el cual, es decir, para la fecha de terminación del laborío, se encontraba vigente la cláusula 41 convencional, por lo que es evidente que a partir del 27 de junio de 1999 dejó causado su derecho pensional y por ende, es allí donde surgió a la vida jurídica.

Conforme a lo anterior, confluente natural que la actora se encuentre dentro de las hipótesis contempladas por el Acto Legislativo 001 de 2005, para recibir el beneficio de la mesada 14, esto es, las personas que aún no se hubieren pensionado, pero que causaron su derecho a la pensión antes de su entrada en vigor, que lo fue el 29 de julio de 2005; de tal forma que los argumentos de defensa de la convocada a juicio no se encuentren llamados a prosperar. Y es que al no quedar duda que la pensión se causó el 27 de junio de 1999, desacertado resulta que la UGPP esgrima que la pensión nació el 12 de marzo de 2006, confundiendo la causación con el disfrute del derecho pensional, que bien es sabido son dos figuras jurídicas totalmente diferentes, cada una con efectos propios, como se dijo con anterioridad.

Así, es claro que no podía, entonces, asemejar el disfrute de la pensión materializado en la fecha en que la actora arribó a la edad de 50 años, es decir, al 12 de marzo de 2006, con la causación del derecho que lo fue el 27 de junio de 1999, cuando cumplió con los requisitos del parágrafo 1º del texto convencional, acotando, que el otorgamiento de la mesada 14 a aquellas personas que causaron su derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, como el caso de la aquí demandante, por efectos de lo ordenado en el inciso 4º del mismo, no está condicionado a que la mesada pensional sea igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales.

En consecuencia, hay lugar a ordenar el restablecimiento de la mesada 14 desde junio de 2014, fecha en la que le fue suspendida la misma por parte de la UGPP, tal y con acierto lo concluyó el cognoscente de primer grado, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó el A quo.

3.3. Prescripción. Frente a ello, 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, pues sin duda a la demandante se ubica en los citados supuestos, ya que, aunque la mesada 14 fue interrumpida en junio de 2014, tal como se señaló, al ser la pensión convencional una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que realizó la actora respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que se suspendió el pago de la mesada 14 en junio de 2014, 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. En el caso particular, se tiene que la promotora del litigio elevó reclamación ante UGPP el 22 de enero de 2020 y la fecha de presentación de la demanda ocurrió el 27 de octubre del mismo año, de manera que, conforme a las disposiciones citadas, las mesadas causadas y no reclamadas con antelación al mismo día y mes de la reclamación, pero del año 2017, se encuentran cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

En esa medida, es claro que no incurrió en error el sentenciador de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada petición ante la UGPP calendada 22 de enero de 2020, por manera que se impone confirmar la decisión del A quo que sobre tal aspecto arribó.

3.4. Costas impuestas en primera instancia a UGPP. Finalmente, 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.

3.5. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la UGPP y a favor de la parte demandante, 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: CONFIRMAR el auto recurrido, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero del 2023, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en la presente instancia en favor de **EMPERATRIZ RODRÍGUEZ SUÁREZ** y a cargo de la accionada, por no haber prosperado los recursos de apelación propuestos en contra del auto y sentencia.

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 y con ocasión de haber sido despachado desfavorablemente el recurso de apelación en contra del auto dictado por el juez de primer grado, fijándose como agencias en derecho a favor de **EMPERATRIZ RODRÍGUEZ SUÁREZ** y a cargo de UGPP, en la suma de \$500.000.

COSTAS en esta instancia y con ocasión de haber sido despachado desfavorablemente el recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, fijándose como agencias en derecho en favor de **EMPERATRIZ RODRÍGUEZ SUÁREZ** y a cargo de la demandada, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada