

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105011 2020 00005 01
Demandante: Lucila Suarez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

LUCILA SUÁREZ, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, a partir del 28 de julio de 2017, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas causadas e indexación de las sumas adeudadas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que:

1. Nació el 12 de mayo de 1957 y estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, entre enero de 1985 y febrero de 2019.
2. En el curso de su vida contrajo varias enfermedades, tales como ceguera de un ojo, desprendimiento de retina, hipertensión y sospecha de glaucoma.
3. Debido a ello, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá-Cundinamarca, el 12 de abril de 2018 la calificó con una pérdida de capacidad laboral del 75.31%, estructurada el 28 de julio de 2017, lo cual confirmó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con dictamen del 25 de febrero de 2019.
4. Durante los últimos tres años de estructuración de la invalidez, la accionante cotizó 154.2 semanas.
5. El 1° de abril de 2019 solicitó el reconocimiento de la prestación pensional, con respuesta negativa del 17 de junio de esa misma anualidad, a través de la Resolución SUB 155392, confirmada el 19 de julio y 28 de agosto de 2019, con los actos SUB 189473 y DPE 8725, respectivamente.
6. En dichas respuestas, la entidad adujo que no era viable el reconocimiento pensional, porque, previamente, la actora fue beneficiaria de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, específicamente, con la Resolución GNR 32147 del 5 de febrero de 2014, por ende, las dos prestaciones resultaban incompatibles.
7. Aunque es cierto que en esa fecha la entidad concedió esa prestación, la actora continuó laborando y, por cuenta de ello, realizó cotizaciones de manera ininterrumpida hasta febrero de 2019, con el fin cubrir los riesgos de invalidez y muerte.
8. No ha recibido ninguna incapacidad médica desde la fecha de estructuración de la invalidez.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 19 de diciembre de 2019 (fl° 55 archivo 01 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, quien la admitió con auto del 1° de julio de 2020 (fl° 55 ibíd.).

Efectuados los trámites de notificación como lo dispone el Decreto 806 de 2020 (fl° 58 a 65 ibíd.), la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, se pronunció, oponiéndose a las pretensiones, y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al RPMPD, el padecimiento de las enfermedades, la calificación de la PCL y su porcentaje, lo mismo que la fecha de estructuración de la invalidez, las semanas cotizadas en los últimos tres años a dicha calenda, a los demás adujo que no eran ciertos y que no le constaban.

Como fundamento de la defensa, sostuvo que no era viable la pensión de invalidez solicitada, dado que, ésta era incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que a la actora le fue reconocida en febrero de 2014, tal como lo tenía previsto el artículo 6° del D. 1730 de 2001, el artículo 19 de la Ley 4° de 1992 y el artículo 128 de la Constitución Política, en cuanto nadie puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado; y si bien, la demandante efectuó cotizaciones con posterioridad al reconocimiento de la aludida indemnización, se deben tener en cuenta para financiar la prestación concedida inicialmente, no para una nueva. Así, propuso las excepciones de: inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe de Colpensiones; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; no configuración del derecho al pago del IPC; ni de indexación o reajuste alguno; carencia de causa para demandar; prescripción; compensación; no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público, innominada o genérica (fl° 68 a 86 digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, por cuenta de las medidas de descongestión fijadas en los Acuerdos PCSJA20-11686 y CSJBTA20-109, mediante sentencia del 8 de marzo de 2023, dispuso (archivos 11 y 12 digitales):

PRIMERO: DECLARAR que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida a la demandante Lucila Suárez, por parte de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones es compatible con la pensión de invalidez deprecada o solicitada en esta demanda, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que a la demandante Lucila Suárez le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del primero (1º) de marzo de 2019, en cuantía para dicha anualidad equivalente al salario mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno Nacional, junto con los respectivos incrementos anuales, en trece (13) mesadas pensionales, conforme a lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones conforme a lo expuesto.

CUARTO: DECLARAR que la demandante Lucila Suárez le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional en la suma de \$47.651.553,00, conforme a lo considerado.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a Lucila Suárez la pensión de invalidez, a partir del primero (1º de marzo de 2019 en 13 mesadas pensionales, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor de la demandante Lucila Suárez la suma de \$47.651.553,00, por concepto de retroactivo pensional a partir del primero (1º) de marzo de 2019 y hasta el veintiocho (28) de febrero de 2023, y las mesadas pensionales que se causen con posterioridad. Autorizando a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud.

SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor de la demandante Lucila Suarez el valor correspondiente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor del retroactivo pensional y sobre las mesadas que se causen con posterioridad desde el primero 1º junio de 2019, y hasta que se verifique su pago, de acuerdo a lo expuesto.

OCTAVO: DISPONER el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones ante el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, de igual forma respecto de los puntos que no sean objeto de apelación.

NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, fíjense como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en favor de la demandante.

DÉCIMO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Lucila Suárez

Señaló que el primer problema jurídico que debía resolverse era el atinente a la incompatibilidad o no de la indemnización sustitutiva de vejez con la pensión de invalidez, frente a lo cual, señaló que la razón estaba del lado de la demandante, porque, de conformidad con lo previsto en las sentencias CSJ SL2816-2020 y SL11234-2015, no existía impedimento legal para recibir las dos prestaciones. Precisó que, conforme con ese respaldo de autoridad, como las prestaciones comparadas cubren contingencias diferentes y se soportan en requisitos diversos, por ende, nada excluye que un afiliado que en su momento no reunió los requisitos para la pensión de vejez, y se le cancele la respectiva indemnización, pueda seguir como asegurado para amparar los riesgos de invalidez y muerte, y con ello genere las respectivas prestaciones económicas.

Enfatizó, que comparte el criterio jurisprudencial vertido en esas decisiones y contrario a la defensa de la demandada, que impedir ese reconocimiento con la supuesta incompatibilidad, implica desconocer que una persona pese a recibir ese pago único prestacional, puede acceder a un empleo posterior y generar recursos por sí mismo, frente a lo cual, debe dársele validez jurídica a ese esfuerzo laboral para los otros dos riesgos que ampara la seguridad social; que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la indemnización sustitutiva ya no pueden modificar el tema del riesgo por vejez, pero, para un eventual reconocimiento de pensión de invalidez o sobrevivientes, sí, siempre y cuando se cumpla con los requisitos mínimos legales.

Así, indicó que, como la fecha de estructuración de la invalidez era el 28 de julio de 2017, la norma aplicable era la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que para acceder a esta prestación se requiere acreditar la calidad de invalido, esto es, una PCL equivalente al 50% o más, y haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, que en este caso, los dos supuestos se cumplían, porque no fue objeto de discusión la invalidez y que la demandante cotizó 153.71; precisó, que esas semanas se efectuaron con posterioridad a la fecha en que se concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y por ello tienen validez para el reconocimiento pensional solicitado.

Continuó su análisis, que la prestación asciende a un (1) smmlv, toda vez que las cotizaciones tenidas en cuenta para la pensión se efectuaron con el mínimo legal, por lo que, ante una eventual liquidación concreta y la aplicación del porcentaje pertinente, el valor arrojado sería inferior al tope legal, por lo que, como ningún pensionado puede devengar una mesada inferior, la cuantía inicial se equipara a ese tope, a partir de la última fecha de cotización con base en los criterios de desafiliación y disfrute de una pensión previstos en el D. 758 de 1990, esto es, desde el 1° de marzo de 2019, por cuanto el último aporte data del 28 de febrero de esa anualidad.

Concluyó que la prestación se debía reconocer por 13 mesadas, porque fue cobijada por el A.L 01 de 2005, sin que ninguna mesada hubiera quedado cubierta por la prescripción, porque luego de la última cotización, tenía tres años para accionar, es decir, hasta marzo de 2022, lo cual se cumplió pues la demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2019; que al efectuar la liquidación del retroactivo hasta la fecha anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia arrojaba un total de \$47.651.553, de los cuales autorizó a la demandada para que deduzca los aportes al sistema de seguridad social en salud, con destino a la EPS a la cual se encuentre afiliada la demandante.

Consideró, que la pasiva debía reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque no existía ninguna justificación válida para que la entidad negara en su momento dicho reconocimiento luego de culminado el plazo legal que tenía para resolver, por cuanto desde tiempo atrás, la entidad tenía suficiente ilustración jurisprudencial sobre la viabilidad de dicho reconocimiento, haciendo caso omiso a ese referentes; por ende, dichos emolumentos se reconocían, a partir del 1° de junio de 2019, en adelante sobre cada una de las mesadas adeudadas y hasta la fecha del pago efectivo.

Añadió, que como se condenó a los moratorios, por su incompatibilidad no era viable reconocer la indexación solicitada. Por último, le impuso costas a la parte vencida.

5. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las partes la impugnaron.

La demandante sostuvo que no estaba de acuerdo con que se hubiera reconocido la pensión, a partir de la última cotización que obra en la historia laboral, porque ello desconoce que la prestación se causa desde el momento de la estructuración de la invalidez, lo cual ocurrió el 28 de julio de 2017; explicó, que no se puede dar aplicación a las normas del D. 758 de 1990 sobre disfrute de la pensión, porque la Ley 100 de 1993 era clara y precisa, además especial en señalar desde cuándo se debe reconocer este tipo de prestación, lo cual, además implica modificar la fecha de reconocimiento de los intereses moratorios.

Por su parte, la demandada solicitó la revocatoria parcial de la providencia, pues se debió autorizar no solo el descuesto de los aportes en salud, también el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida a la demandante; que no se le debe imponer condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues su imposición está dada para cuando, una vez reconocida la prestación, no se pagan las mesadas oportunamente, lo cual no ha ocurrido, y en todo caso, para la fecha en la cual la actora solicitó el reconocimiento pensional, aquella no contaba con los requisitos legales para acceder a la prestación, por ende, la entidad actuó ajustada a derecho, por lo que jamás actuó de mala fe, y; que no hay lugar a que se le impongan costas de primera instancia, porque, igualmente, el organismo actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico cuando negó la prestación, además, que dichas costas jamás se han causado, por el contrario, la entidad ha tenido que sufragar los gastos de su propia defensa en el proceso.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, las partes radicarón los memoriales pertinentes; la demandante defendió el reconocimiento pensional, pero insistió en la equivocación en que incurrió el juzgador de primer grado al establecer la fecha a partir de la cual se concede el derecho, lo mismo que los moratorios; por su parte, la demandada enfatizó en los argumentos de la impugnación, concretamente, sobre los tres temas con los cuales manifestó su inconformidad.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo los motivos expuestos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, corresponde a la Sala dilucidar, si Lucila Suarez es acreedora a la pensión de invalidez de origen común, pese a que, previamente la entidad le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, esto es, si existe incompatibilidad entre las dos prestaciones; dilucidado ese aspecto en forma positiva, se entraría a estudiar la fecha a partir de la cual se reconoce la pensión de invalidez, es decir, si desde la estructuración o desde la última cotización; a su turno, verificar si hay lugar a la condena por intereses moratorios y desde cuándo opera, y por último, la imposición de las costas acorde con los requisitos legales.

II. CONSIDERACIONES

En el presente caso, no se controvertió que la señora Lucila Suarez nació el 12 de mayo de 1957; que fue calificada por las Juntas Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá-Cundinamarca y Nacional con una PCL equivalente al 75.31%, con fecha de estructuración de la invalidez, el 28 de julio de 2017; que entre esa fecha y ese mismo día y mes del 2017, la actora cotizó 154.2 semanas; que Colpensiones le reconoció a la demandante mediante la Resolución GNR 32147 del 5 de febrero de 2014, le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que la promotora del litigio reclamó el reconocimiento de la pensión de invalidez el 1° de abril de 2019, frente a lo cual respondió negativamente la entidad, con Resoluciones SUB 155392, SUB 189473 y DPE 8725 del 17 de junio, 19 de julio y 28 de agosto de 2019, respectivamente.

1. De la compatibilidad de la pensión de invalidez e indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En ese orden, como lo aseveró el juzgador de primera instancia, lo primero que se debe establecer es si existe incompatibilidad entre las dos prestaciones, tal como lo argumentó la demandada en su contestación y que, si bien, en la apelación no cuestionó tal aspecto, por el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario establecer la conclusión positiva del *a quo*.

En efecto, lo decidido por el juez de primer grado resulta acertado, pues, efectivamente, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha precisado, que el hecho de que el asegurado hubiera recibido de la entidad la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sea una barrera infranqueable para obtener la pensión de invalidez, en razón a que es posible, y si la realidad lo respalda, que dicha persona pueda seguir cotizando para estar amparado en las contingencias de invalidez y sobrevivencia, cuyas prestaciones exigen requisitos diferentes y, como tal, aseguran riesgos diversos; que lo que en realidad se prohíbe con el reconocimiento de dicha indemnización, es que el asegurado pueda recibir en el futuro la prestación pensional principal cuyo riesgo amparaba, pero, siempre existirá la posibilidad de vinculación al sistema para obtener otros derechos prestacionales.

Así se puntualizó, en las sentencias CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 35896; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 34015; CSJ SL2053-2014; CSJ SL9769-2014; CSJ SL11234-2015; CSJ SL1416-2019; CSJ SL3784-2019; CSJ SL2843-2021 y CSJ SL3868-2021, exponiendo, por ejemplo, en la última que:

[...] aceptar esa supuesta incompatibilidad no dispuesta por ley [...] con el fin de desconocer la validez de las semanas que un afiliado cotiche con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sería tanto como coartar la posibilidad que las personas en edad pensional puedan beneficiarse de oportunidades en un mundo del trabajo en continua evolución, a fin de reforzar estereotipos relativos a la incapacidad de los adultos mayores para ejercer cualquier actividad productiva dependiente o independiente.

Aunado, es de recordar que un verdadero sistema de seguridad social en pensiones permite obtener resultados concretos que inciden realmente en la vida de las personas dadas las diversas situaciones y necesidades propias y de sus potenciales beneficiarios; luego, el ideal de responder con eficacia a cada una de ellas impone, por parte de los administradores de justicia, la adopción de decisiones no solo respetuosas de la ley, también que resulten sostenibles y reconozcan la especial condición de contracción económica que genera el hecho de arribar a cualquiera de las contingencias que aquel ampara –invalidez, vejez y muerte–.

También, en la providencia CSJ SL1075-2022 con referencia en las CSJ SL2991-2020; CSJ SL514-2020 y CC T307-2021, indicó que, un entendimiento distinto conllevaría a una afrenta del derecho a la seguridad social y a los principios de solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia que inspiran el sistema, pues implicaría desconocer que las personas pueden en cualquier etapa de la vida tener oportunidades laborales y generar fuentes de ingreso significativas, lo cual va en la vía correcta para ayudar

igualmente a equilibrar el sistema, pues quien tiene capacidad económica debe contribuir con su afiliación, lo que además implica reconocer las calidades, la experiencia y el valor de los adultos mayores y quienes llegan a la tercera edad, como trabajadores, sin lugar a discriminación alguna, acorde con el Convenio 111 de la OIT y la Recomendación 162, tal como fue destacado en las sentencias SL2991-2020 y SL4698-2020, esta última que, si bien se refiere a la exegesis del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, sobre la exclusión del RAIS para ciertas personas, que no implicaba como tal una desafiliación o imposibilidad de ingresar al sistema por cuenta de la edad, refiere importantes conclusiones sobre el derecho que tienen las personas sin lugar estereotipos, de cotizar para amparar diversas contingencias.

Se dijo allí:

Como se advirtió, la relevancia de la adecuada interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, permite concluir que su propósito útil se concentró en procurar que quienes ingresaran al nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad tuvieran garantizada una prestación digna mediante la conformación de un capital suficiente, así como garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Adicionalmente, protegió los derechos a una vida digna, al mínimo vital y al trabajo, de las personas que cuentan con edades que superan la mínima exigida para acceder a la pensión de vejez, a quienes les resulta difícil acceder a una actividad laboral por cuenta ajena, mantener un vínculo laboral o cotizar como independientes, dificultades que en la práctica se generan a partir de estereotipos negativos por pertenecer a determinada generación, pese a que dichas personas poseen una capacidad productiva, útil a la sociedad, incluso, una mejor experiencia y conocimiento. Es decir, el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 no discriminó del deber de afiliación a quienes por su edad avanzada tiene la capacidad para desempeñar un trabajo y, por tanto, mientras mantengan la condición de trabajadores dependientes o independientes, son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

De manera, que aceptar la interpretación que el juez de segundo grado le otorgó a dicha disposición, cercena los derechos e incrementa las barreras con las que, de por sí, ya cuenta esta población mayor, pues a más de que se les estigmatiza por las razones explicadas, sin ningún fundamento se les impide acceder al sistema de seguridad social en pensiones, derecho fundamental, irrenunciable y universal, con lo cual, además de desconocer sus capacidades productivas, útiles a la sociedad, implica la vulneración de tratados internacionales de derechos humanos que propenden por la igualdad de oportunidades de empleo (Convenio 111 ratificado por Colombia el 4 de marzo de 1969).

Aunado, la Sala recuerda que tal interpretación no surge únicamente del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y de las normas constitucionales e internacionales que procuran una protección especial, también deriva del mismo sistema de seguridad social que previó alternativas como la indemnización sustitutiva (art. 37 ibidem) y la devolución de saldos (art. 66 ibidem), para quienes, teniendo la edad de pensión, no cumplan con los demás requisitos. Es decir, si

una persona no alcanza las exigencias legales para la pensión de vejez, bien puede, a partir de las cotizaciones al sistema, obtener otras prestaciones del sistema tales como la devolución de saldos, la indemnización sustitutiva, la pensión de invalidez o la de sobrevivientes para sus beneficiarios.

Entonces, como en el asunto, aunque es cierto que la demandada concedió a la señora Lucila Suárez una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la Resolución GNR 32147 del 5 de febrero de 2014, por no haber alcanzado los requisitos mínimos para acceder a la prestación principal, reconocimiento que se hizo tomando como base exclusivamente las cotizaciones realizada por la actora por cuenta de empleadores privados entre enero de 1985 y noviembre de 2013 (archivo 55, carpeta 08 expediente administrativo), según lo explicado, eso no se convierte en obstáculo, para que, la actora siguiera vinculada al sistema, con cotizaciones posteriores que le sirvieran para amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia, como en efecto ocurrió con los aportes de 2014 en adelante hasta febrero de 2019, con el empleador Gran Andina de Plásticos Ltda., cuando aquella acumuló un esfuerzo entre los 57 y 62 años, es decir, después de la edad mínima para la pensión de vejez y al final como adulto mayor, acorde con la historia laboral de la trabajadora (fl° 24 a 29 archivo 01 digital), y que a la postre le permitiera acumular sumar para la prestación pensional derivada de cualquiera del resto de contingencias; sin que pueda decirse como equivocadamente lo sostuvo la entidad convocada, que el posible reconocimiento de esas prestaciones pensionales implica una doble asignación del tesoro público, lo cual está prohibido por el artículo 128 de la C.N., porque con insistencia, la jurisprudencia laboral ha enseñado que las pensiones a cargo de Colpensiones y que tienen su fuente de financiamiento en el en el Sistema General de Pensiones, no pueden considerarse como un pago proveniente de esta fuente, pues lo cierto es que el fondo económico con el que se asumen esas prestaciones no involucra recursos de la Nación en su totalidad (CSJ SL2083-2022); de ahí, que tampoco existe impedimento alguno para que la demandante pudiera recibir la aludida indemnización sustitutiva y una posible prestación de invalidez.

2. De la pensión de invalidez

Como no se discutió que la demandante fue calificada con una PCL equivalente al 75.31% y fecha de estructuración de la invalidez, el 28 de julio de 2017, es

claro que la norma aplicable es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual establece que:

Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

- 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración*
- 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma,*

Con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la actora de origen común, a la luz del artículo 38 de la citada Ley 100, se considera inválida, y como tampoco se discutió en la primera instancia que entre el 28 de julio de 2014 y ese mismo día y mes de 2017, la accionante cotizó 154.2 semanas. Resulta acertada la conclusión del *a quo* sobre el derecho a la pensión de invalidez reclamada, a partir de esa última data.

Ahora, el Ingreso Base de Liquidación no podrá ser liquidado con fundamento en los diez últimos años de cotización, sino, al tenor de lo razonado en la sentencia CSJ SL3868-2021, con base en las cotizaciones que el afiliado realizó con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (febrero de 2014), es decir, según la historia laboral del 30 de octubre de 2019, a razón de 257.27 semanas, que incluye hasta la última cotización efectuada, que fue para el ciclo de febrero de 2019.

Se debe recalcar, y para dar respuesta de una vez al cuestionamiento que hizo la apoderada de Colpensiones en la alzada, se adoptan exclusivamente esas semanas, porque son las únicas que tienen validez para el reconocimiento de la pensión de invalidez, las anteriores fueron utilizadas o cumplieron su propósito para la concesión de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y por ello, no resulta válido incluir aportes diferentes a los que se erigen como generadoras del derecho perseguido; lo que además excluye la compensación de esta prestación con el retroactivo que se pueda generar con la de invalidez.

2.1. De la cuantía.

Así mismo, se recuerda que, de conformidad con el literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la tasa de remplazo deberá ser de 45 % del IBL, sin que sea posible conceder una prestación inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pero, como es evidente que la señora Lucila Suarez efectuó las cotizaciones que se tienen en cuenta, en su gran mayoría con ese mismo mínimo, es claro que, como lo concluyó el juzgador de primer grado, el resultado final arrojará una suma inferior, por ende, se debe equilibrar la mesada inicial a la prerrogativa legal.

2.2. Del pago del retroactivo pensional.

En cuanto al pago del retroactivo de la prestación, éste se debe conceder a partir de la fecha de estructuración de la invalidez (28 de julio de 2017), pues, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, así lo dispone, al indicar que la pensión de invalidez por riesgo común debe otorgarse, de manera retroactiva, a partir de la fecha en que se produce el estado que le da origen, es decir, desde cuando la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje igual o superior al 50%, sin que se pueda hacer extensiva la prerrogativa del Acuerdo 049 de 1990, sobre la desafiliación al sistema, que solo se predica de la prestación por vejez, pues, se insiste, el legislador en el citado precepto de la invalidez no estableció ni explícita ni tácitamente, condición alguna, diferente a ese estado, para proceder al reconocimiento del derecho pensional desde la fecha de estructuración.

Así se dijo, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1562-2019:

Frente al tema del reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando han existido aportes al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la data de estructuración, estima la Sala que el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico que se le endilga, por cuanto la interpretación dada a los preceptos normativos enunciados se acompasa con la teleología de tales disposiciones, que no es otra que amparar al asegurado desde la fecha que pierde su capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, más aun cuando el mismo artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en señalar que el derecho pensional de invalidez debe pagarse en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez.

Así que, pese a la condición de trabajador dependiente del actor y la existencia de aportes al Sistema General de Pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, esta Sala ha indicado con anterioridad (ver sentencia SL619-2013), que ello no desvirtúa el reconocimiento retroactivo del derecho pensional desde que se estructuró el estado de invalidez. En esos términos, no se equivocó el ad quem al señalar que la concurrencia de estas específicas circunstancias (continuidad en la prestación del servicio y cotización al Sistema General de Pensiones), no desvirtúan lo establecido en el artículo 40

de la Ley 100 de 1993, es decir, que el reconocimiento de la pensión de invalidez se haga desde la estructuración.

Por lo tanto, en ese punto se deberán modificar los ordinales de la sentencia de primer grado que dispusieron el reconocimiento y pago de la prestación en fecha diferente con su correspondiente retroactivo, para darle la razón a la demandante, quien lo cuestionó en el recurso, en cuanto se debe conceder la mesada pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez, y como la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, acorde con el A.L 01 de 2005, solo se concede en trece mesadas.

2.3. De la prescripción.

Con respecto a la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, no resulta afectado en los términos del artículo 488 del CSTSS y 151 del CPT y de la SS, en la medida en que, tal como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia laboral, entre otras, en la sentencia citada en líneas atrás, que reitera lo expuesto en la CSJ SL 5703 2015, CSJ SL, del 17 de oct. de 2008, rad. 28821, CSJ SL, del 6 de jul. de 2011, rad. 39867, CSJ SL, del 3 de ago. de 2010, rad. 36131; el hecho dañoso que ocasiona la pérdida de la capacidad del afiliado se fije de forma retroactiva y no concurrente con el momento de la emisión del dictamen de calificación, ello no significa que la exigibilidad de la prestación pensional naciese desde la estructuración del estado de invalidez, sino a partir de la firmeza del diagnóstico por parte de la correspondiente autoridad calificadora, que determina que el padecimiento adquirió el carácter de un hecho determinado, cierto y exigible, momento a partir del cual produce efectos jurídicos en lo que a las prestaciones se refiere.

Para el presente caso, la calificación inicial por la JRCI de Bogotá-Cundinamarca, tuvo lugar el 12 de abril de 2018, y luego, ante la impugnación de Colpensiones, zanjada el 25 de febrero de 2019, por la JNCI; la reclamación administrativa se elevó el 1° de abril de 2019, el trámite administrativo se agotó con la Resolución DPE 8725 del 28 de agosto de 2019, y la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2019, razón por la cual, la excepción de prescripción no tiene acogida, pues no se dejó transcurrir el trienio a que aluden las normas sobre esa figura.

2.4. De los intereses moratorios.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia laboral es del criterio según el cual, estos emolumentos proceden siempre y cuando haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en la conducta del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es de connotación simplemente resarcitoria, encaminada a aminorar los efectos adversos que se producen al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones; así mismo, para este tipo de prestación, se imponen a partir del vencimiento del cuarto mes siguiente a la fecha de la solicitud (D. 656 1994 y CSJ SL1562-2019); y si bien es cierto, que se ha reconocido la existencia de algunas excepciones puntuales a la procedencia de aquellos¹, también lo es que estas no se configuran en el caso en estudio, en especial, porque: *i)* la negativa al reconocimiento del derecho no se profirió con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto y, *ii)* la concesión judicial del derecho no obedeció a un cambio de criterio jurisprudencial que la administradora pensional no pudiera prever (CSJ SL1914-2019), esto es, que se hubiere presentado con posterioridad a la solicitud del afiliado, es más, la tesis de la compatibilidad de la indemnización sustituta de la pensión de vejez y la prestación por invalidez, ya se venía consolidada años atrás del momento en que la actora efectuó su reclamación, ante lo cual, la Corte ha hecho el llamado no solo a los jueces, también a las entidades, para que incorporen en sus actuaciones dichos criterios, con lo cual se evitaría en muchas ocasiones la litigiosidad (CSJ SL 1938-2020 y CSJ SL2547-2020), inclusive el daño que se ocasiona a los usuarios en la tardanza de los reconocimientos pensionales, con lo cual se despacha la argumentación que sobre este punto expuso la demandada en su apelación.

Así las cosas, como no se discutió que la petición fue elevada por al demandante a la entidad demandada, el 1° de abril de 2019, los cuatro meses de gracia con que contaba el organismo vencían el 1° de agosto de esa anualidad. Por lo tanto, Colpensiones debe reconocer a la actora los intereses moratorios de que trata el

¹ CSJ SL704-2013; CSJ SL787-2013; CSJ SL10504-2014; CSJ SL13076-2014; CSJ SL10637-2015 CSJ SL15975-2015; CSJ SL2941-2016 y CSJ SL1914-2019.

artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 2 de agosto de 2019, sobre cada una de las mesadas adeudadas, hasta el momento en que se produzca el correspondiente pago del retroactivo pensional, modificación que se realiza, pues ese aspecto fue solicitado por la demandante en la alzada.

No habrá lugar a ordenar la indexación de las mesadas pensionales, por cuanto conforme lo tiene sentado en su jurisprudencia la Corte, los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de mesadas pensionales, pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluida en estos (CSJ SL2876-2022, CSJ SL1015-2022).

3. Costas.

Finalmente, en cuanto a las costas de primera instancia que el juzgador de primer grado impuso a la entidad demandada y que ésta cuestionó en el recurso, se precisa que, de conformidad con el artículo 365 del CGP, aplicable por la remisión del artículo 145 del CPTSS, tienen un criterio objetivo, el cual consiste en que se imponen al litigante vencido, que en este evento es Colpensiones, sin que para nada se haya previsto la conducta que haya tenido antes del proceso, por el contrario, al oponerse expresamente a las pretensiones y exponer su defensa, y no haberse acogidos sus argumentos, implica que tiene que asumir ese pago para la parte que hizo la gestión pertinente e incurrió en los gastos de defensa respectivos.

En esta instancia, como también la entidad impugnó ciertos aspectos de la decisión, que tampoco tuvieron acogida, se le imputarán las costas respectivas.

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR los ordinales segundo, cuarto, quinto y sexto de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que, Lucila Suárez le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 28 de julio de

2017, por trece (13) mesadas, en cuantía de un (1) smmlv y los incrementos anuales.

SEGUNDO. MODIFICAR el ordinal séptimo de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que se condena a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a pagar a favor de la Lucila Suarez, sobre cada una de las mesadas adeudadas, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 2 agosto de 2019, a la tasa máxima vigente al momento en que se efectuó el pago.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO. COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de un (1) smmlv.

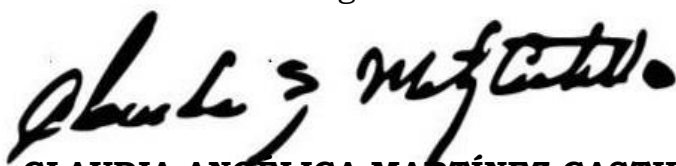
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105038 2021 00089 01

Demandante: José María Rojas

Demandado: Construcciones Vásquez Yela y Cia SAS

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

JOSÉ MARÍA ROJAS, por medio de apoderado judicial demandó a Construcciones Vásquez Yela y Cia SAS, con el fin que se declare la existencia de una relación laboral, regida mediante un contrato a término indefinido, entre el 11 de enero de 2018 y el 7 de noviembre de 2019, el cual culminó por causa imputable al empleador; y como consecuencia se condene a la pasiva a reconocerle: las diferencias salariales entre el 11 de enero y el 4 de octubre de 2018, con el valor del salario mínimo de la época; y por todo el tiempo, la prima de servicios, las cesantías y sus intereses, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones dejadas de entregar, compensatorios que debió disfrutar, el pago de la remuneración en días festivos; las horas extras diurnas, nocturnas y festivas; las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato sin justa causa, moratoria del artículo 65 del CST y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, costas.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que:

1. El 11 de enero de 2018, inició labores para la demandada en el cargo de oficios varios con funciones de vigilancia de maquinaria pesada en un lote de propiedad de la pasiva en el Km 1 vía Puerto López, servicio que prestó hasta el 7 de noviembre de 2019, por el cual se pactó un salario inicial de \$650.000 en un horario de domingo a domingo entre las 6:00 am y las 6:00 pm.
2. En razón de esa jornada, tuvo que adaptar en el predio su vivienda en un contenedor que había allí.
3. A partir del 5 de octubre las partes acordaron incrementar el salario a la suma de \$900.000, porque el valor inicial no le alcanzaba para suplir sus necesidades básicas, aunque el valor de \$650.000 que se le pagaba hasta entonces era inferior al salario mínimo de la época.
4. Durante toda la existencia del contrato, la accionada se abstuvo de reconocer las prestaciones sociales, el auxilio de transporte, las vacaciones, los aportes al sistema de seguridad social, el trabajo en días dominicales y festivos, lo mismo que el trabajo suplementario tanto diurno como nocturno.
5. El 7 de noviembre de 2019, la empresa decidió dar por terminado el vínculo de manera unilateral y sin justa causa, aduciendo simplemente, que el predio había sido vendido, y por ello, debía desocuparlo, adicional se le hizo un pago inmediato de \$210.000 de los días de salario de ese mes y \$90.000 para el transporte, y luego una consignación por \$10.000.000, que supuestamente se hizo por la sociedad de manera equivocada, por lo que el trabajador procedió el 12 de noviembre a devolver la suma de \$8.000.000 y al día siguiente, \$1.500.000, quedándose con \$500.000, los cuales consideró eran el valor de su liquidación de prestaciones sociales.
6. El 18 de febrero de 2020, el promotor del litigio acudió a la oficina del trabajo en la sede del Espinal, con el fin de convocar a la demandada a una audiencia de conciliación, y pese a que le fue enviada la

comunicación, ésta no asistió a la diligencia que fue programada para el 17 de marzo de esa anualidad.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue radicada en el Centro de Servicios el 24 de febrero de 2021 (archivo 03 digital), la cual le fue asignada al Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 19 de abril (archivo 04 ibíd.), la inadmitió por no haberse acreditado el envío previo del libelo a la demandada, conforme con las exigencias del Decreto 806 de 2020, y no haberse informado la dirección de notificación de los testigos solicitados. Corregida esa falencia, se admitió con proveído del 22 de julio de 2021 (archivo 08 ibíd.). A través de decisión del 28 de ese mismo mes, pero del 2022, el juzgador tuvo notificada a la pasiva por conducta concluyente (archivo 12 ibíd.).

La convocada se pronunció oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, dijo que eran ciertos exclusivamente la consignación errónea por la empresa, la devolución de los dineros por el actor, la convocatoria ante el Ministerio del Trabajo y la inasistencia; los demás los negó. Como fundamento de su defensa sostuvo que el verdadero vínculo celebrado entre las partes fue un contrato de prestación de servicios de tipo civil cuyo objeto era la limpieza y mantenimiento de las instalaciones ubicadas en el Km 1, costado izquierdo, vía Puerto López, en el predio denominado el “parqueadero”, por el cual se pactaron unos honorarios de \$2.700.000, los cuales se dividían en pagos mensuales en la cuenta de ahorros del contratista, previa presentación de las facturas de cobro; vínculo que inició el 1° de octubre de 2018, con prórroga del 1° de enero de 2019; que la empresa autorizó al actor la adecuación de la vivienda en el lugar, por sugerencia de aquél, jamás como una imposición de la sociedad, y que durante el desarrollo contractual, jamás impartió órdenes, o exigió cumplimiento de horarios, ni muchos menos, inspeccionó la forma en que se ejecutaban las labores.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral, buena fe, compensación, prescripción y la innominada (archivo 10 ibíd.).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el JUZGADO TREINTA Y OCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 19 de enero de 2023, acorde con la siguiente parte resolutive (archivo 16 ibíd.):

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JOSE MARIA ROJAS y la sociedad CONSTRUCCIONES VASQUEZ YELA Y CIA S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente al menos, entre el 1 de octubre de 2018 hasta el 7 de noviembre de 2019, en el marco del cual el accionante se desempeñó en labores de OFICIOS VARIOS, devengando como asignación salarial la suma de \$900.000, el cual terminó por mutuo acuerdo entre las partes. Lo anterior específicamente, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CONSTRUCCIONES VASQUEZ YELA Y CIA S.A.S, a pagarle al demandante JOSE MARIA ROJAS, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- a. \$992.500 por cesantías*
- b. \$119.100 por intereses de cesantía*
- c. \$992.500 por prima de servicios*
- d. \$6'790.000 por sanción por no consignación de las cesantías en un fondo.*
- e. \$496.250 por compensación en dinero de vacaciones*
- f. \$21'600.000 a título de indemnización por sanción en los términos del Artículo 65 del C.S.T*

TERCERO: ABSOLVER a la demandada CONSTRUCCIONES VASQUEZ YELA Y CIA S.A.S., de las demás pretensiones formuladas en la demanda por JOSE MARIA ROJAS, específicamente por lo señalado en la parte considerativa de la presente sentencia

CUARTO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas. Declara probada parcialmente la excepción de pago, autorizándose a la demandada para que de las condenas que se han impuesto, deduzca la suma de \$500.000 que el demandante le fue sufragada previamente. Y respecto de las absoluciones producidas, el Despacho se considera relevado del estudio de los medios exceptivos propuestos

QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$2'500.000 en favor del demandante.

SEXTO: Si no fuere apelado oportunamente la presente sentencia, Consúltese con el Superior

Las partes quedan legalmente notificadas en ESTRADOS.

Fundó su decisión, en que con el contrato de prestación de servicios y lo manifestado por la única declarante, quedó demostrada la prestación personal del servicio, entre el 1° de octubre de 2018 y el 7 de noviembre de 2019, por lo que, en virtud de la presunción prevista en el artículo 24 del CST, se debía

concluir una verdadera relación laboral, regida por un contrato de trabajo, plus que la demandada no logró desvirtuar, pues, por el contrario, del mismo clausulado del documento se podía reafirmar que el servicio contratado era personal sin lugar a la intervención de terceros o ayudantes y, por ende, el actor no era autónomo e independiente en la ejecución de las labores de mantenimiento y limpieza de un predio junto con los equipos mecánicos allí depositados. Indicó, que resultaba curioso que la pasiva defendiera la existencia de un contrato de prestación de servicios de tipo civil, siendo que se había acreditado que ésta le suministró alojamiento y habitación con bienes muebles de su propiedad, igualmente, que pese a que en el contrato escrito se pactó con el demandante que era su obligación afiliarse al sistema de seguridad social y velar por su propio pago, la sociedad no acreditó un control a ese compromiso, como tampoco la prueba de presentación de órdenes de pago, todo lo cual daba cuenta de verdaderos indicios de existencia de un contrato de trabajo. Sostuvo que, aunque se aportó una transacción entre las partes, aquella no tenía validez o efectos jurídicos de cosa juzgada para descartar la existencia del contrato de trabajo realidad, porque lo allí plasmado era un acuerdo para la terminación del contrato civil, en el que ni siquiera hubo concesiones mutuas o recíprocas.

Con base en ello, procedió a fulminar las condenas respectivas, para lo cual señaló que, como la demandada no acreditó el reconocimiento de las prestaciones sociales que emergían del vínculo laboral, debía asumir el pago de la prima de servicios, el auxilio de cesantías, sus intereses y la compensación de las vacaciones; no así, en el tema de la diferencia salarial, porque el período reclamado no tenía fuente en una prestación del servicio efectivo, tampoco el auxilio de transporte, porque se demostró que el trabajador no lo requería debido a que residió en el mismo lugar de labores; igualmente descartó el reconocimiento de trabajo suplementario y en dominicales y festivos, porque no probó con prueba idónea y fehaciente el desempeño en esos días y en esas horas, y en cuanto a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, adujo que no se demostró el hecho del despido, por el contrario, se probó que hubo una terminación por mutuo acuerdo, en los términos del contrato de transacción.

El juzgador impartió condena tanto por la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías –entre el 15 de febrero y el 7 de noviembre de 2019- como por la prevista en el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la L. 789 de 2002, ésta última a razón de un día de salario por cada día de retardo, a partir del día siguiente de la terminación del vínculo y solo por 24 meses, en virtud de que el accionante devengó un salario superior al mínimo legal del 2019, y presentó la demanda dentro de ese límite, precisando que la accionada no desvirtuó la presunción de mala fe que reposa sobre la conducta del deudor, pues no acreditó razones atendibles de desconocimiento de las acreencias laborales, sin que resultara válido el alegato de inexistencia del contrato de trabajo ante la firma del nexo de prestación de servicios civil, porque de lo debatido, se podía concluir con facilidad que la firma de ese documento tenía como objetivo camuflar la verdadera existencia del contrato de trabajo.

Por último, indicó que solo autorizaba el descuento de \$500.000, de las acreencias laborales generadas, en razón a que el actor aceptó con la demanda haber retenido ese dinero por cuenta de la equivocación que cometió la empresa al consignarle unos dineros. Preciso, que no permitía la deducción de \$600.000 que fue el valor pagado en la transacción, pues esa suma obedecía a un acuerdo dentro del marco del contrato civil de prestación de servicios, que no podía extender sus efectos al nexo laboral.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La decisión de primera instancia, fue objeto del recurso de apelación por parte de la demandada. Solicitó que se revoque en su totalidad la decisión condenatoria, pues, en su criterio, lo que realmente existió fue un contrato de prestación de servicios civil; que el hecho de que la empresa le hubiera suministrado al actor un lugar y unos muebles con destino a adecuar una zona de habitación o residencia en el mismo espacio de ejecución de las labores, no implica un indicio de existencia del contrato de trabajo, porque se trataba de una simple autorización que encaja perfectamente en un contrato de naturaleza independiente; que en cualquier caso, el contenido del contrato firmado da cuenta del nexo verdaderamente celebrado; adicional, que quienes le suministraban elementos o herramientas, no era la sociedad, sino los propios clientes que guardaban la maquinaria y elementos en el lugar, lo que significaba que el

demandante era independiente y autónomo en el ejercicio de la labor contratada, todo lo cual fue afirmado por la declarante que rindió testimonio.

Indicó, que en caso de que se concluya que existió el contrato de trabajo, se le debe exonerar de las indemnizaciones moratorias impuestas, porque, contrario a lo señaló por el juzgador, quien debía probar la mala fe es el demandante, y eso no se logró en el plenario; que, de cualquier forma, tampoco se le podía imponer condena por esos conceptos, pues tuvo una creencia sincera y razonable de no adeudarle valor alguno al accionante, ante la evidencia del contrato de prestación de servicios.

Por último, que el sentenciador se había equivocado al no permitir la compensación de lo condenado por acreencias laborales con los \$600.000 que se pagaron en el contrato de transacción, porque ese acuerdo fue muy claro en establecer que el vínculo que efectivamente los ataba era de tipo civil.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes se pronunció.

7. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los motivos expresamente cuestionados por la pasiva, la Sala deberá establecer: i) si en el período declarado por el juzgador de primera instancia existió un contrato de trabajo, tal como lo concluyó el *a quo*, o por el contrario, sale avante la argumentación de la impugnante, sobre la existencia de un contratación civil de prestación de servicios, ii) si existe fundamento para mantener la condena por las indemnizaciones moratorias por la no consignación de las cesantías y del artículo 65 del CST iii) si hay lugar a la decretar la compensación de los valores adeudados con la cifra entregada por cuenta del contrato de transacción.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

1. De la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al Estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

A su turno, el artículo 22 del CST lo define así: *“es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en *“múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley”* (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la

realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal del servicio, acreditado ese elemento, se presume la existencia del vínculo laboral, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, quedando en cabeza del empleador, desvirtuar dicha presunción, que el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la documental que en forma nominada señala que el contrato fue de prestación de servicios u otra naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón, se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del

servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

Bajo tales derroteros, se recuerda que la demandada alegó en el recurso, que, con el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, quedó acreditado con suficiencia que esa era la verdadera naturaleza del vínculo. Frente a dicho documento, lo primero que se debe advertir, tal como se indicó en el marco jurídico, que este documento suscrito por las partes, sirve de un lado, para acreditar la prestación personal del servicio, y por el otro, una vez determinado ese aspecto, la demandada no puede atenerse a ese mismo clausulado para intentar desvirtuar la presunción de existencia del vínculo laboral, ya que, lo importante a la hora de controvertir ese plus legal, son los hechos o circunstancias que rodearon la relación y no lo meramente formal de los contratos. Así lo renovó la Corte, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1068-2023, al señalar:

Esta Sala tiene asentado que, en los eventos en que se pretende la declaratoria de existencia del contrato de trabajo y el demandado fundamenta su defensa en otra clase de vínculo contractual, como el de prestación de servicios, estos acuerdos formales por sí solos no son indicativos de una relación autónoma o independiente, en virtud del principio de la primacía de la realidad que rige en materia laboral. Luego no existe yerro fáctico en la valoración de estos elementos suasorios.

Además, repárese en que lo que hizo el Tribunal, fue aplicar el referido principio de la primacía de la realidad sobre las formas, dándole prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resultaba de los documentos contractuales o cualquier otro que hayan suscrito o expedido las partes, acorde con lo que acreditaban las probanzas arrimadas al informativo, lo que condujo a que en el presente asunto, las condiciones particulares bajo las cuales se ejecutó la labor derivadas principalmente de la valoración de lo dicho por los testigos, prevalecieron y permitieron al juez de alzada inferir que en verdad la vinculación del demandante con el ISS se realizó bajo un contrato de trabajo.

En consecuencia, la conclusión del fallador de alzada en cuanto a que el promotor del proceso durante el tiempo que le prestó servicios al ISS, lo hizo

bajo la condición de un trabajador dependiente y subordinada, se mantiene incólume puesto que dicha realidad no se puede desconocer con las manifestaciones que aparecen en los documentos denunciados por el recurrente.

Por lo demás, al verificarse el contenido de dicho contrato, contrario a lo afirmado por la pasiva, existen cláusulas que, en lugar de descartar la subordinación jurídica, la reafirman; por ejemplo, si bien en el numeral 3° de la cláusula quinta en las obligaciones del contratista se dijo que éste podía *“organizar los medios humanos que crea conveniente”*, posteriormente, en la cláusula novena eso se contrapone, porque se le impidió realizar la labor con ayuda de terceros, al punto que *“EL CONTRATISTA, efectuará todas las labores a su cargo, con arreglo al presente contrato, en forma personal. En ningún caso podrá utilizar ayudantes o auxiliares (...)”*; inclusive, vuelve a hacerse incompatible el desarrollo del contrato, con la estipulación décimo sexta, en cuanto al tema de la indemnidad, pues allí se consignó, que el contratista no responde por acciones, daños, reclamos, entre otros, de *“subcontratistas”*. De manera que, ante esas contradicciones en los términos del contrato, en donde, por una parte, supuestamente la accionada le permitió al demandante valerse en la ejecución de las labores de su *“propio personal”*, y luego le prohibió utilizar terceros o ayudantes, exigiendo la prestación personal e indelegable del servicio, solo se puede concluir, que en el desarrollo de las labores no existía ninguna independencia o autonomía, porque, estaba vedado de la colaboración empresarial, si es que se le puede llamar de esa manera, para cumplir el objeto contractual, por el contrario, esa exigencia individual de prestar el laborío, de modo que permanece la condición *intuitu personae*, es característica propia de la relación laboral.

Así mismo, véase cómo en la forma de pago, en la cláusula quinta sobre el valor, se estipuló que sería la cifra de \$2.700.000, por tres (3) meses, pero se dijo, que se reconocería en forma mensual a razón de \$900.000, es decir, un pago periódico, lo cual guarda similitud a la remuneración del contrato de trabajo, que, acorde con lo previsto en el artículo 134 del CST, la entrega del dinero puede ser diario, semanal, quincenal o mensual, en todo caso, no puede ser superior al mes; lo que demuestra un indicio adicional sobre la verdadera forma como se ejecutó el contrato.

De igual manera, tal como lo tiene explicado la jurisprudencia laboral, a efectos de establecer el verdadero nexo laboral, corresponde analizar las particularidades fácticas de cada caso a fin de establecer si están acreditados los elementos configurativos de la subordinación, y para ello es esencial el análisis de la naturaleza de la labor y el conjunto de circunstancias en que esta se desarrolla (CSJ SL,3695-2021, SL3126-2021, SL 25 ago. 2009 rad. 35910, SL 22 jul. 2009, rad. 35201). Precisamente, en la última providencia citada, la Corte indicó:

Cabe destacar, que la Sala Laboral de la Corte ha dicho que la subordinación se debe analizar bajo la naturaleza de la labor que desempeñe el prestador del servicio, y del conjunto de circunstancias en que este se desarrolle; en el sub lite la subordinación laboral se advierte en la clase de actividad aunada al nivel de jerarquía del trabajador, en cuanto revelan una ausencia total de iniciativa del trabajador incompatible con la autonomía de uno independiente; este aspecto resulta definitivo y más trascendente, in casus, que otras circunstancias propias de un trabajador por cuenta propia, como el que los servicios se hayan prestado por fuera de las instalaciones de la demandada sin control de tiempo; el que el pago haya sido por unidad de obra no resulta determinante, pues a ello se puede acudir en contratos laborales y civiles; así entonces, al acreditarse que el demandante no era autónomo, ni independiente en la prestación de sus servicios, pues la labor quedaba enteramente sujeta a instrucciones, sin margen para la creación personal, que se le exigía disponibilidad de tiempo, que era supervisado en sus labores, se ha de concluir que el actor esta sujeto a subordinación laboral.

Al respecto, en sentencia del 21 de febrero de 1984, radicación 7144, se dijo que:

“Respecto del elemento subordinación se han elaborado diversa teorías como la personal, la económica y la jurídica; esta última es la que ha tenido mayor aceptación por la doctrina y la jurisprudencia, y se le hace consistir en la posibilidad jurídica que tiene el patrono para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento. Sin embargo, no es necesario que esa facultad sea constante, que se ejerza continuamente, aunque el patrono puede ejercerla en cualquier tiempo.

“Pero el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor de que desempeñe el trabajador, y así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible, y lo mismo se puede decir de los trabajadores calificados. En cambio en los que no lo son la subordinación es más acentuada, más ostensible y directa; más aun existen algunos trabajadores como los que prestan su servicios en su propio domicilio, en donde la subordinación casi desaparece, y sin embargo, nuestro estatuto laboral los considera vinculados por contrato de trabajo...”

Se dice lo anterior, porque el tipo de labores contratadas, tal como lo adujo el juez de instancia, son de aquellas que dejan serias dudas sobre la verdadera necesidad o validez de la contratación civil, pues véase como, según el contenido del

contrato, se requirió del trabajador funciones esencialmente de limpieza y vigilancia de las instalaciones, como se dijo, realizadas personalmente, sin ayuda de terceros o colaboradores, lo cual resulta un abuso en la forma de vinculación, pues, por la naturaleza de la labor, la subordinación es más evidente, en cuanto el operario no puede disponer de ninguna autonomía, voluntariedad o creación, sino atenerse y someterse a las instrucciones del empleador, en cuanto a la forma, cantidad y calidad de la labor, por mucho que en el contrato se haya dicho que los riesgos, pérdidas, insumos, reclamaciones, entre otros, los asumía el contratista; pero que, en el fondo, no son otra cosa que una forma de desconocimiento del contrato de trabajo en todas sus características.

En el contrato también existe otra estipulación –la séptima– relacionada con permitirle el contratante al contratista instalar la vivienda en un “*container*” de propiedad del primero en el mismo sitio de prestación de las labores, es decir, una especie de alojamiento para facilitarle el ejercicio de las tareas contratadas; situación que, si bien en algunos contratos de prestación de servicios, debido a los objetivos o finalidad contractual, es posible que el beneficiario permita la utilización de equipos, materiales o herramientas, eso no puede desbordar el ámbito de coordinación, y si más bien convertirse en verdadera subordinación, como aquí ocurre, porque entregar el espacio para vivienda al trabajador, para permanecer allí todo el tiempo, a efectos de cumplir las labores de vigilancia y aseo de las instalaciones, no es otra cosa que, hacer un pago con una parte de alojamiento, y así poder aplicar todas las instrucciones, vigilancia y control sobre las labores, rebotando la autonomía con que debe contar un real contratista independiente.

Además, contrario a lo consignado en el contrato, según lo declaró la testigo Edy Yamileth Bravo Guerrero (minuto 21:30 a 37:20, audiencia 19 de enero de 2023, archivo 16 digital) quien fungía como trabajadora de la demandada en el área administrativa, los elementos para hacer la labor fueron suministrados por la empresa, en ningún momento por terceros, como el impugnante lo adujo en la alzada; lo que configura otro indicio de existencia de la relación laboral, máxime que esas herramientas o materiales no tenían nada de especializados o que se incluyeran un complejo o intrincado manejo de conocimientos, que solo un contratista independiente y técnico pudiera ejercitar, pues fíjese, que esa misma declarante adujo que se trataba de elementos de aseo que la empresa le entregaba

al trabajador para hacer la tarea, que no era otra que mantener en adecuado higiene el establecimiento y demás bienes depositados en la zona.

También cobra relevancia, como lo concluyó el sentenciador, que, pese a que en el contrato de prestación de servicios se hubiera indicado que el contratista tenía a su cargo exclusivo el pago de los aportes al sistema de seguridad social, y que formalmente corresponde a una de las obligaciones previstas en el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, y cuyo deber de verificación le corresponde al contratante, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, la pasiva no hubiera ejercitado ese control, pues no existe prueba de ello en el expediente, y así lo confirmó la anterior testigo; lo que también conduce a entender, que la demandada fijó esa cláusula como algo formal, desconociendo las reglas de esa contratación independiente, y por el contrario se usó para desconocer el verdadero nexo existente entre las partes.

Como se dijo al iniciar las consideraciones, la jurisprudencia laboral ha reconocido que la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, se puede deducir o reafirmar con el haz de indicios de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, lo cual permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta, por ejemplo, todo lo acreditado en el asunto, como fue: i) el desarrollo de las labores con total disponibilidad al punto que se le suministró vivienda en el mismo sitio, sin diferenciar descansos o forma de ejecución de las funciones, y por lo tanto, utilizar la infraestructura física y elementos de trabajo de la demandada; ii) el único beneficiario del trabajo era la pasiva; iii) recibir pagos periódicos mensuales, y iv) ser parte de la estructura de la empresa para el logro de sus fines misionales, porque, las labores contratadas con la limpieza, verificar el buen funcionamiento de los servicios y bienes, y notificar cualquier novedad sobre imperfecciones de las instalaciones, tal como se especificó en la cláusula segunda del documento, contribuyen de alguna manera en el objeto social específico de la empresa (fl° 16 a 19, archivo 07 ibíd.) relacionado con las actividades de exploración, producción, transporte, comercialización de hidrocarburos, minería, proyectos afines *“pudiendo ejecutar en consecuencia las actividades y contratos necesarios para el cabal cumplimiento de este objeto”*.

En ese sentido es evidente la existencia del contrato de trabajo, y como la pasiva no discutió los demás elementos tenidos en cuenta por el fallador de primera instancia, tales como extremos de la relación y salario devengado, se deberá confirmar en ese punto la sentencia impugnada.

2. De las indemnizaciones moratorias por no consignación de las cesantías y no pago de acreencias laborales a la terminación del contrato

Insistió la demandada en que no se debe condenar al reconocimiento y pago de la sanción de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, y del artículo 65 del CST, porque por un lado, la mala fe debe probarla el demandante, y por el otro, en todo caso estaba bajo la creencia de que el verdadero vínculo celebrado con el actor fue de prestación de servicios independientes, por ende, no debía consignar el auxilio de cesantías ni reconocer al finalizar el vínculo suma alguna de tipo laboral.

Sobre ello, conviene indicar que las dos indemnizaciones, tal como lo ha admitido la jurisprudencia laboral en forma reiterada, no son de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, por ejemplo, que quede demostrado con suficiencia, que en efecto, su creencia era sincera y estaba mediada de un verdadero convencimiento de la relación jurídica acordada, pero, no por el simple alegato o desconocimiento del contrato de trabajo, sino porque los elementos aducidos son de tal envergadura que dan a entender que ese convencimiento es posible ante las particularidades de la contratación.

En sentencia CSJ SL1413-2022, sostuvo:

Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la Indemnización moratoria num 3 artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).

Entonces, para la Sala resulta claro que la argumentación de la pasiva es equivocada, porque se parte de una presunción de incumplimiento ante una clara imposición legal, en donde esa falta u omisión debe ser despojada de sus consecuencias adversas por el deudor, y no que el demandante deba acreditar esa parte; y como no se allegaron probanzas demostrativas de buena fe en la actuación de la enjuiciada, toda vez, que la celebración del contrato formalmente diferente al de trabajo, por sí solo, no se traduce necesariamente en el reflejo de una conducta ceñida estrictamente a los postulados de la buena fe, es más, como se explicó cuando se analizó el tema de la existencia del vínculo, la pasiva acordó con el trabajador cláusulas que son típicas de un nexo laboral y el trato de cualquier trabajador, por ende, esa celebración independiente evidencia que la intención no fue diferente a disfrazar la existencia de una verdadera relación subordinada de trabajo.

No se requieren mayores elucubraciones para concluir que antes que acreditar un comportamiento conforme a derecho, este tipo de circunstancias lo que evidencia es la intención de encubrir la verdadera naturaleza del nexo jurídico, lo cual amerita la imposición de esas indemnizaciones, sin que la Sala, por competencia que le otorga el artículo 66 A del CPT y de la SS, pueda entrar a verificar la liquidación que llevó a cabo el juzgador sobre dichas condenas, pues ninguna de las partes se pronunció en la alzada.

3. De la Compensación

Adujo la pasiva, que el *a quo* debió compensar de las sumas impuestas, la cifra de \$600.000 que ella reconoció en el contrato de transacción celebrado el 7 de noviembre de 2019 (fl° 33 a 35, archivo 07 digital), que el juzgador no aceptó

porque en criterio del funcionario, ese acto fue celebrado para zanjar diferencias propias del contrato de prestación de servicios civil.

Al respecto, es cierto que ese contrato fue suscrito entre las partes, sin haber sido desconocido; también es cierto que la demandada en la alzada no alegó efectos de cosa juzgada con respecto a la declaratoria de existencia del vínculo laboral, sino simplemente, que se tuviera en cuenta la cifra allí pactada, con el propósito de ser deducido de las acreencias laborales objeto de condena, ante lo cual, se trae a mención cuál fue el tipo de acuerdo suscrito entre los contratantes:

EL ACUERDO que pone fin al vínculo contractual que existió entre las partes; para tal efecto, los intervinientes gozan de plenas facultades para conciliar; transigir, recibir y actuar, y declaran que entre éstas existió un contrato de prestación de servicios de carácter civil, con extremos temporales que datan como se estipula en la parte inicial de este contrato. Como vicisitudes que se presentaron en vigencia de la relación se destacan: i) Que, para el 1 de octubre de 2019, la empresa CONSTRUCCIONES VASQUEZ YELA Y CIA SAS vinculó al señor(a) JOSE MARIA ROJAS, para que prestara sus servicios bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios para que desempeñara el objeto contractual descrito en el encabezado de este documento; ii) Que como retribución por los servicios prestados, pactaron la suma de \$900.000 por concepto de honorarios, los cuales serían cancelados mensualmente previa presentación de la cuenta de cobro respectiva por parte del contratista; iii) que en vigencia de la relación el contratante efectuó el pago puntual de los honorarios de acuerdo a lo pactado; y iv) Que COVY SAS, cumplió con cada uno de los deberes y obligaciones que impone el sistema jurídico. Como la opción jurídica para resolver conflictos que generan de un vínculo negocial e la conciliación y/o transacción, las partes llegan a un acuerdo sobre créditos económicos, indemnizatorios y demás prestaciones económicas que se pudieran suscitar del vínculo contractual, de la siguiente forma:

Que además entre las partes se transan los eventuales derechos laborales que pudieren llegar a surgir con ocasión del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes. Que consecuencia de ello el contratista se compromete a no presentar ningún tipo de demanda laboral en contra de COVY SAS con ocasión del contrato aquí descrito.

Las partes de común acuerdo reconocen que la suma reconocida por concepto de transacción es el valor de seiscientos mil pesos (\$600.000), los cuales son el valor de los derechos ciertos e indiscutibles; además de los eventuales o presuntos derechos laborales que pudieren llegar a causarse, tales como: sueldos y/o salarios, indemnizaciones, moratoria, horas extras dominicales y festivos, recargos nocturnos; recargos de cualquier índole; comisiones; todo tipo de viáticos permanentes y/o ocasionales, auxilios extralegales y legales de alimentación, transporte, eventuales auxilios; cesantías, interés, primas legales y extralegales, vacaciones, descansos, bonificaciones; indemnización por enfermedad profesional y accidente de trabajo, cualquier perjuicio material “daño emergente y/o lucro cesante”, moral y de vida en relación, entre otros, causado por la prestación de los servicios personales; indemnizaciones por terminación unilateral del contrato; indemnización moratoria; indemnización por no consignación del auxilio de cesantía en un Fondo de Cesantía. El

contratista reconoce que la cifra antes mencionada la sociedad CONSTRUCCIONES VASQUEZ YELA Y CIA SAS se encuentra a PAZ Y SALVO.

Las partes acuerdan extinguir cualquier obligación económica que se pudiese derivar de la relación contractual que unió a las partes. Así mismo, el contratista manifiesta que renuncia a cualquier otra reclamación que se pudiera derivar por la causa o antecedentes que se derivan del vínculo contractual que existió con la sociedad CONSTRUCCIONES VASQUEZ YELA Y CIA SAS.

(...)

Por lo tanto, contratante y contratista declaran que por medio de esta transacción se arreglan las diferencias civiles o laborales suscitadas ante la terminación del contrato de prestación de servicios, siendo de mutuo acuerdo de las partes transar sus diferencias; ánimo conciliatorio que queda plasmado con la firma de este documento.

Como se observa del contenido del documento, y al margen de que, como se dijo, la pasiva no cuestionó la figura de la cosa juzgada, no puede desconocerse que ese acuerdo tuvo como objetivo zanjar unas diferencias sobre el tipo de contratación que hubo entre las partes, donde se hizo expresa referencia a eventuales derechos de una relación laboral, como prestaciones e indemnizaciones, por lo que los contratantes decidieron acordar una suma única de \$600.000, los cuales fueron entregados el 12 de noviembre de 2019, según el documento de folio 63 del archivo 07 digital, que aparece con el nombre y firma del demandante como signo de haberlo recibido y, por tanto, sin haber sido desconocido; entonces, resultó equivocado el raciocinio del juez de primer grado, al no tener en cuenta lo que pactaron las partes en ese acuerdo, y concluir que solo se refirieron al contrato de prestación de servicios civil, siendo que se hizo alusión al posible cambio o mutación a uno de naturaleza laboral, a cambio de la suma referenciada.

De manera que, como la pasiva propuso la excepción de compensación (artículo 282 del CGP), al tenor de lo previsto en el artículo 1625 del Código Civil, la configuración de esta institución requiere la existencia simultánea de obligaciones recíprocas entre las partes, en otros términos, que estos sean deudores y acreedores entre sí, a fin de mantener un equilibrio en el patrimonio de los contendientes (CSJ SL1982-2019); y como en este asunto, el accionante recibió la suma señalada de la pasiva, y ésta resultó deudora de aquél, se deberá compensar parcialmente. Por ende, se adicionará el ordinal cuarto se la

sentencia impugnada, para autorizar a la demandada el descuento de \$600.000.

Dadas las resultas del proceso, no se impondrán costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada del 19 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, en el sentido de autorizar a la demandada el descuento de \$600.000, de las sumas objeto de condena.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás el fallo impugnado.

TERCERO.- Sin costas de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



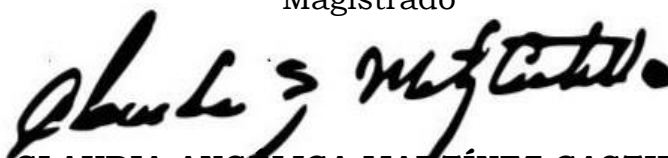
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105023 2022 00104 01
Demandante: Luis Noé Feria Orjuela
Demandado: Custodiar Ltda.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Luis Noé Feria Orjuela**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la empresa Custodiar Ltda., con el fin que se declare la existencia de un contrato de obra o labor desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de noviembre de 2021, en principio como vigilante y a partir del 23 de julio de 2009 como supervisor; siendo inválido el otrosí suscrito el 1° de diciembre de 2019 al no ser un contrato a término fijo y vulnerar el principio de estabilidad laboral por razón de ser padre cabeza de familia y primacía de la realidad, terminándose el contrato sin justa causa, además, que se debía declarar que el contrato era a término indefinido, teniendo en cuenta para ello, la labor desarrollada.

Consecuencialmente, reclama se ordene a la demandada a: *i)* reintegrarlo al mismo cargo o a uno de mejor categoría, *ii)* pagar los salarios y prestaciones que se causaron desde su desvinculación hasta su reintegro, *iii)* aportes a seguridad social, *iv)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de las pretensiones, indicó que: *i)* celebró contrato de obra o labor con la empresa Custodiar Ltda., el 1° de diciembre de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2021, *ii)* se desempeñó como vigilante entre el 1° de diciembre de 2003 y el 22 de julio de 2009 y a partir del 23 de julio del mismo año y hasta el 30 de noviembre de 2021, como supervisor, devengando como último salario mensual \$1.043.657, *iii)* el 31 de octubre de 2019 le notifican la no prorroga de su contrato, *iv)* el 1° de diciembre de 2019 se celebró otrosí, *v)* el vínculo laboral se ha mantenido indefinido y nunca ha sido modificado; *vi)* el 2 de octubre de 2021 le fue notificada la decisión de terminar el contrato de trabajo a partir del 30 de noviembre de 2021, sin exponer una justa causa para ello; *vii)* desde el año 2019 se ha pretendido fenecer la relación contractual, argumentando que este es a término fijo, *viii)* el cargo desempeñado era de carácter permanente, *ix)* en los últimos tres años de servicio no le fue realizada evaluación de desempeño, *x)* actualmente cuenta con 55 años de edad y no le es fácil conseguir un empleo para adquirir los requisitos para acceder a la pensión, *xi)* sostiene su hogar, dependiendo económicamente de él, su esposa y su hijo menor de edad, *xii)* recibió el pago de la liquidación de prestaciones porque no contaba con los recursos económicos para subsistir.

3. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 19 de enero de 2022, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 3 Municipal de Pequeñas Causas Laborales (f°. 83 archivo 1), quien rechazó la demanda por falta de competencia funcional con auto del 18 de febrero de 2022, ordenando la remisión a los juzgados laborales del circuito. Fue así como el 7 de marzo de 2022 (f°. 86 del archivo 1), se asignó el conocimiento del trámite al Juzgado 23 Laboral del

Circuito de esta ciudad, quien admitió la demanda el 25 de abril de 2022 (archivo 4).

La demandada, Custodiar Ltda., dio contestación en forma legal y oportuna, aceptando, que Luis Noé había prestado sus servicios como vigilante y posteriormente, como supervisor, devengando como último salario la suma de \$1.043.657, así como la notificación del fenecimiento del contrato, de los demás, dijo no constarle, no ser ciertos y no ser hechos. Como medios exceptivos propuso los que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, carencia de norma jurídica y buena fe. En apretada síntesis expuso que, en principio las partes suscribieron un contrato por obra o labor contratada, pero con otrosí rubricado el 23 de julio de 2009, se modificó la modalidad contractual a término fijo de un año, a partir del 1° de diciembre de 2009, por otro lado, expuso que la terminación del contrato acaeció por razones objetivas, consistente en el vencimiento del plazo pactado, el cual fue preavisado (archivo 6).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 7 de marzo de 2023, dispuso (archivo 12)

“PRIMERO. DECLARAR que entre LUÍS NOÉ FERIA ORJUELA y CUSTODIAR LTDA. existió un contrato laboral que se rigió inicialmente por un contrato de trabajo de obra o labor entre el 01 de diciembre del 2003 al 22 de julio del 2009 en el que el demandante se desempeñó como vigilante; a partir del 23 de julio de 2009 mediante contrato de trabajo a término fijo por un año en el que el demandante se desempeñó como supervisor, que finalizó este contrato el 30 de noviembre de 2021 estando en vigencia su última prórroga 23 de julio de 2021 al 22 de julio de 2022, y devengó como último salario \$1.043.657.

SEGUNDO. DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada respecto del reintegro y las pretensiones accesorias solicitadas como consecuencia de este reintegro, propuestas por la pasiva en su contestación.

TERCERO. ABSOLVER a CUSTODIAR LTDA. de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra en el presente asunto por parte de LUÍS NOÉ FERIA ORJUELA

CUARTO. De no ser apelada la presente sentencia, se ordena remitir el proceso al Honorable Tribunal Superior Distrito Judicial - Sala de Decisión Laboral, para que se surta grado jurisdiccional de consulta a favor del señor demandante, dado que las pretensiones condenatorias son totalmente adversas a sus pretensiones.

QUINTO. COSTAS. A cargo de la parte demandante, a favor de la demandada.”

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar, respecto al vínculo laboral que ató a las partes que, “Bajo estos presupuestos entra al despacho o establece el despacho que el otrosí del 23 de julio de 2009, mediante el cual se acordó una mutación del cargo y la modalidad contractual se encuentra ajustado a derecho y de acuerdo a la realidad fáctica del vínculo laboral que se ejecutó entre las partes, pues se estableció que la mutación de la modalidad contractual de un contrato por obra o labor, contrato a término fijo de 1 año obedeció al cambio de cargo de vigilante a supervisor, ya que aquel, reiteramos, venía ejerciendo ese cargo de vigilante en un puesto de trabajo y a partir de ese momento comenzó a desempeñar la labor de supervisor de varios puestos de trabajo, el cual, de acuerdo con el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, ya no estaba asignado a una compañía específica para el caso del vigilante, sino que debía rotar por diferentes puestos de trabajo de sus compañeros y para ello el representante legal de la demanda, indicó, que el contrato de trabajo con los vigilantes se celebra por obra, labor y se determina por la vigencia del contrato de prestación de servicios entre la empresa de vigilancia y la empresa contratante, situación que no se podía predicar respecto del demandante en el cargo de supervisor, pues debía estar rotando por los puestos de trabajo de sus compañeros, asignados a diferentes empresas contratantes, y si bien el demandante en su interrogatorio de parte manifestó no recordar haber suscrito el documento, este otrosí, no fue tachado, no fue desconocido en la contestación de la demanda ni en la reforma en los en los eventos, en los momentos procesales pertinentes y, adicionalmente, el demandante reconoció que sí era su firma, solamente que no recordaba haberlo suscrito, o la parte considerativa el documento, pero no hay prueba, con lo cual se demerite dicha situación.

Ahora bien, no ocurre lo mismo respecto del otrosí suscrito el 1 de diciembre de 2019, pues nótese que, en primer lugar, la terminación del contrato de trabajo a término fijo, se efectúa el 30 de noviembre de 2019 con fundamento en la aspiración del plazo pactado, no obstante, se estaba ejecutando la prórroga correspondiente al 23 de julio de 2019 al 22/07/2020. Asimismo, no existió solución de continuidad, pues las partes suscribieron otrosí el 01/12/2019 y el demandante desarrolló idénticas labores en las mismas condiciones de forma continua ininterrumpida, por lo cual no existe causa válida para la suscripción de ese último otrosí, más allá de beneficiarse el empleador al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente, es este contrato de trabajo. Finalmente, con la Carta de terminación del contrato, la liquidación final de prestaciones sociales, el hecho 6 de la demanda aceptado por la pasiva en su contestación se acredita claramente que el vínculo contractual Entre las partes finalizó el 30 de noviembre de 2021 y el demandante devengó como último salario, el valor de \$1.043.557”.

Respecto a la solicitud de reintegro, expuso que, “de lo anterior queda acreditado que el señor Demandante, pues no ostenta la calidad de padre cabeza de familia, pues no tiene a cargo de manera exclusiva, el cuidado y manutención de sus hijos, ya que su compañera le ayuda en ambos aspectos tanto en el cuidado como el la manutención

y se encuentra demostrado por la afirmación del mismo demandante en su interrogatorio, ósea ha confesado que su compañera no se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, no es de la tercera edad, tiene 55 años y su presencia no resulta totalmente indispensable en la atención de sus hijos, ya que ninguno de ellos es enfermo o discapacitado o médicamente requiere la presencia de la madre y 2 son ya mayores de edad e independientes.”.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la parte demandante interpone recurso de apelación, argumentando, para tal efecto que, el despacho hizo una indebida valoración de las pruebas aportadas por la demandada, *“toda vez que los presuntos otrosí con los que se ha pretendido demostrar que mi representado no contaba con un contrato de trabajo por obra o labor, sino presuntamente un contrato que había sido modificado uno a término fijo en el cual distan las fechas de suscripción, las fechas del supuesto vencimiento del contrato, ya que en unas anotaciones se manifiesta que el contrato vence cada año el 22 de julio de 2010, en otra el 21 de julio de 2011, luego en otro documento, dice que vence el 30 de noviembre de 2010 y posteriormente el 30 de noviembre de 2011. Adicionalmente, la parte demandada, manifestó en la contestación de la demanda que el otrosí que aparentemente se había firmado el 01 de diciembre de 2019 no tenía tal calidad, por cuanto el documento no había sido firmado por las partes, entonces, la parte demandada lo excluye dentro del proceso”*; en segundo lugar, reprocha que no se hubiere decretado por el juzgado de conocimiento la prueba de inspección judicial, con el fin de verificar la autenticidad de los presuntos otrosí, dejando en duda que los documentos originales fueron suscritos por el aquí demandante, *“quien en su interrogatorio manifestó claramente que aunque la firma que aparece en estos corresponde a la suya, aclaró que nunca tuvo conocimiento de estos documentos y que en su momento no le fueron puestos en conocimiento para la firma, razón por la cual solicito al honorable tribunal que para resolver la apelación se sirva decretar la práctica de la inspección judicial, que fue negada en primera instancia”*. Y con ello, se verifique la autenticidad de estos legajos.

De la terminación del contrato de trabajo expuso que, la fecha tomada por el juzgado de conocimiento no concuerda con la del finiquito, pues si ello fuere así, este tendría vigencia hasta julio del año 2022 *“y a la parte demandada no se le pagó ninguna indemnización por el tiempo restante por esta terminación”*.

Otro punto objeto de reproche, es el atinente a la estabilidad en el empleo, reclamada en el líbelo genitor y lo decidido por el juzgado de conocimiento fue

la estabilidad por paternidad, máxime que se reclama que el vínculo laboral debió renovarse, conforme a lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, debiendo tenerse en cuenta las causas que dieron origen al contrato, las funciones y el cargo desempeñado. Finalmente, precisó con relación al fuero de paternidad que, si bien es cierto, la cónyuge del actor, eventualmente trabaja, lo hace de manera informal 2 o 3 días a la semana en labores del hogar, pero dicha labor no le brinda las garantías necesarias para tener un ingreso fijo para aportar al sustento del hogar y su seguridad social, siendo el demandante el encargado del sustento de ella y de su hijo menor de edad, debiendo revocarse la sentencia y concederse las pretensiones de la demanda.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandada presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento.

A su turno el demandante, se ratifica en los argumentos esgrimidos al sustentar la alzada, estimando en forma adicional, que se vulneró su debido proceso, al haberse incorporado al expediente documentos acopiados por la demandada, después de fenecido el término para contestar la demanda.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si *i)* es viable decretar en segunda instancia la prueba de inspección judicial reclamada, *ii)* se incurrió en una indebida valoración probatoria respecto a los otrosí allegados al libelo introductorio, *iii)* se debe modificar el extremo final de la relación laboral, *iv)* el demandante gozaba de estabilidad en el empleo en virtud de lo establecido en el art. 53 de la Carta Política y en su condición que alega de ser padre cabeza de familia.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

1. De las pruebas en segunda instancia.

Sea lo primero anotar, que el actor en la alzada solicita se decrete la prueba de inspección judicial que fuera negada por el juzgado de conocimiento.

En tal sentido, se procedió a revisar el escrito inaugural y en el mismo no se solicitó la prueba reclamada en el recurso vertical, sin embargo, al revisarse el medio magnetofónico de la audiencia celebrada el 22 de febrero de 2023 (archivo 10), se tiene que la parte actora, solicitó la prueba de inspección judicial, resolviendo el despacho que no era la etapa procesal para realizar tal pedimento, sin embargo, advirtió que en caso de analizar los medios probatorios la consideraba pertinente, se decretaría, de lo contrario no.

El artículo 83 y 84 del CPT y SS, contiene las posibilidades excepcionales para que en el trámite de apelación de sentencias se ordenen, practiquen y consideren pruebas que no pudieron ser tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia en la siguiente forma: Las partes no pueden solicitar pruebas en segunda instancia, sin embargo, sí pueden pedir que el Tribunal la ordene aquellas que, decretadas en primera instancia, no se hubieren practicado sin culpa del interesado.

Si bien el tribunal está facultado para practicar de oficio cuando considere necesarias para decidir el recurso, también lo es que la parte que omitió su carga, debe cumplir con el mínimo probatorio, no siendo viable, en esta instancia, decretar pruebas no solicitadas y fijadas por el juzgador de conocimiento.

En lo tocante a la documental adosada por la pasiva en forma extemporánea y que, en sentir de la recurrente, en sus alegatos de conclusión, con ella se vulneró el debido proceso, esta Sala de Decisión discrepa de tal conclusión, pues, nótese que, conforme a lo expuesto por el operador judicial, en el introductorio, se solicitó la exhibición de documentos, tales como contrato de

trabajo, comprobantes de pago de nómina, planillas de afiliación al sistema de seguridad social, comprobantes de pago de cotizaciones al sistema de seguridad social, otrosí suscrito el 1 de diciembre de 2019 y evaluaciones de desempeño, por lo que, pese a haberse remitido fuera del término procesal, las mismas eran pertinentes, conducentes y necesarias para desatar la litis, decretándolas a favor, de la misma parte actora (archivo 6, minuto 6:00).

2. De la existencia del contrato de trabajo.

Manifiesta el demandante que se hizo una indebida valoración probatoria respecto al otrosí suscritos por las partes y consecuencia de ello, el extremo final fijado por el juez de instancia, no se apareja a la realidad, pues en los aludidos documentos, no se vislumbran la fecha de suscripción, así como tampoco, las de fenecimiento del vínculo, resaltando que, en algunas anotaciones se registran momentos totalmente disímiles entre sí.

De acuerdo con los argumentos argüidos por el promotor litigioso, se procedió a hacer un estudio de los documentos atacados, encontrándose lo siguiente.

- Luis Noé Feria Orjuela, celebró un contrato por obra o labor contratada el 1° de diciembre de 2003 para desempeñarse como vigilante (f°. 17-20 del archivo 6).
- El 23 de julio de 2009 las partes celebraron dos otrosí, en el primero de ellos, se hizo cambio del cargo que desempeñaría Luis Noé Feria Orjuela (supervisor) a partir de dicha fecha. En el segundo, *“LAS PARTES ACUERDAN QUE A PARTIR DE LA FECHA EL CONTRATO DE TRABAJO DEL SEÑOR FERIA ORJUELA LUIS NOE IDENTIFICADO CON C.C. 93.365.016 DE IBAGUE, SERA A TERMINO FIJO DE UN AÑO, EL CUAL VENCERA EL DIA 22 DE JULIO DEL AÑO 2010. SE FIRMA EN BOGOTA A LOS 23 DIAS DEL MES DE JULIO DE 2009”* (sic) (f°. 21 del archivo 6).
- Para el 1° de diciembre de 2009, modifican el otrosí anterior, respecto a la fecha de expiración del convenio, el cual sería el 30 de noviembre de 2010, ratificando que este seguía siendo a término fijo de un año, en el cargo desempeñado por el trabajador (f°. 22 ibídem). Documento sin firma de las partes.

- El 22 de julio de 2010, nuevamente las partes deciden mutar el contrato, precisando que este se “PRORROGA POR UN AÑO A TÉRMINO FIJO, EL CUAL VENCE EL DIA 21 DE JULIO DE 2011. COMO SUPERVISOR DE ZONA ACTIVIDADES QUE DESARROLLARA...” (fº. 22 ibídem).
- Finalmente, el 1º de diciembre de 2010, convienen las partes cambiar el contrato, en el sentido de indicar que este vence el 30 de noviembre de 2011, reiterándose que el cargo desempeñado era el de supervisor y que este convenio era a término fijo de un año (fº. 22 ibídem).
- Para el 8 de octubre de 2021, Custodiar Seguridad Integral, expide carta de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo, por “medio de la presente, y en cumplimiento del requerimiento estipulado en el numeral 1 del artículo 46 del Código Sustantivo del trabajo, me permito informarle que la administración ha tomado la decisión de NO RENOVAR su contrato de trabajo a término fijo, que de acuerdo con las cláusulas pactadas, finaliza el próximo 30 de Noviembre de 2021” (fº. 82 archivo 6).

Es este punto es de precisar que el artículo 46 del C.S.T., indica:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. *Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.*

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

PARAGRAFO. *En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea. ”*

De las probanzas traídas a escrutinio, se encuentra, que, en efecto, las partes celebraron en principio un contrato de trabajo por duración de la obra, el 1º de diciembre de 2003, en el que estipuló que, Luis Noé Feria Orjuela, se desempeñaría como vigilante, sin embargo, para el año 2009, deciden mutar

dicho convenio a uno a término fijo, a partir del 23 de julio de 2009, fecha a partir de la cual, el dador de laborío ostentaría el cargo de supervisor.

Luis Noé Feria Orjuela, informó que, en julio de 2009 fue ascendido a supervisor, *“eso que dice L Feria, si esa es mi firma, pero a mí no me pasaron ese documento. Yo no firmé ningún documento cuando cambié a supervisor, solamente el jefe de operaciones, me dijo que sí”* y al auscultársele si era su firma, *“porque, o sea yo tengo diferentes firmas, esa firma que hay ahí, yo no puedo mentir, yo estoy diciendo, si es, así como yo firmo está ahí pero ese documento yo no lo firmé, entonces no sé cómo hicieron, pero el hecho es que, yo no firmé ese documento, porque si yo hubiera firmado ese documento, yo tendría conocimiento que tenía otra clase de contrato...”*

Diana Marcela Galeano Cedano y José Luis Mejía Sarmiento, testigos citados por la demandada, en calidad de gerente administrativa y de riesgos, respectivamente, prestan sus servicios en la empresa, hace más de 5 años cada uno, sin embargo, no estuvieron presentes al momento de la suscripción del contrato ni de los otrosí, ni tampoco saben detalles del vínculo laboral que ató a las partes.

Ahora bien, no desconoce esta Sala de Decisión, que, para el 22 de julio de 2010 y finalmente, el 1° de diciembre de 2010, se rubricaron otrosí, en los cuales, se acordó cambiar la fecha de vencimiento de los contratos, el primero al 30 de noviembre de 2010, el segundo, el 21 de julio de 2011 y 30 de noviembre de 2011, concluyéndose, que tales documentos se suscribieron de manera voluntaria por las partes, pues, del material probatorio al que se hizo referencia en forma precedente, no se puede concluir que el actor hubiere sido coaccionado, presionado o que, como él lo expone en su declaración, no fuera su firma, la registrada en los otrosí, siendo relevante en este punto, resaltar, que si el promotor litigioso no tenía certeza o desconocía la rúbrica estampada en los múltiples documentos allegados al expediente, hiciera la correspondiente manifestación o los tachase, al momento de decretarse y tenerse como prueba, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 269 del Código General del Proceso, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT y SS, para que de esta manera se hubiera dado trámite, conforme a lo reglado en los artículos 270 o 272 ibídem, según fuera el caso, sin embargo, se limitó a solicitar se practicara una inspección respecto a los documentos aportados con la contestación de la demanda, al tener duda del contenido de estos, por

encontrarse en desorden, guardó silencio respecto a la firma del ex trabajador y tan solo en el interrogatorio de parte, se limitó a decir, que si era su firma, pero que no visó el documento, por lo que, en este estadio probatorio, se tendrá que dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 54A del Código Procesal del Trabajo, es decir, se reputarán como auténticos, al no haberse reprochado en la oportunidad procesal correspondiente las posibles falencias o ambivalencias.

Por otro lado, extraña las apreciaciones de la apoderada de la parte actora, respecto al desconocimiento del otrosí del 1° de diciembre de 2019, pues, de la lectura de la pretensión 5 se tiene que, allí se reclamó *“se declare invalido el otro si suscrito el 01 de diciembre de 2019 toda vez que el contrato suscrito es de obra o labor y no a termino fijo como se menciona en el mismo y por no vulnerar el principio de estabilidad laboral y la primacía a la realidad”*, y al pronunciarse Custodiar Ltda., expuso *“Me opongo a lo pretendido, como quiera que el documento que hace mención la apodera del demandante, no tiene aceptación por ninguna de las partes, es decir no se encuentra suscrito por ninguna de las partes intervinientes. Adicionalmente, se precisa que el señor Luis Noe Feria Orjuela, si suscribió otrosi en la cual se cambió la modalidad del contrato de una obra o labor contratada a un contrato a término fijo a un año el día 23 de julio de 2009 y una adenda aclaratoria suscrita voluntariamente en el cual las partes acordaron que el contrato tendría una duración de un año a partir del 01 de diciembre del 2009, con una finalización de 30 de noviembre de cada anualidad”* (sic).

Es así como del caudal probatorio, se tiene a folio 27 del archivo 01 obra documento denominado otrosí, al contrato de fecha 1° de diciembre de 2003, elaborado el 1° de diciembre de 2019, pero, en efecto, este no se encuentra diligenciado ni firmado, por ninguno de los intervinientes, limitándose el mismo a ser un mero formato pre impreso, el cual, no se puede refutarse como auténtico ni mucho menos, darle el valor probatorio que pretende la accionante, pues, se itera, no se encuentra diligenciado en ninguno de sus apartes.

Sumado a esto y como quiera que se atacó la valoración probatoria dada a los “otrosí”, y tal inconformidad se encuentra entrelazada con la terminación del contrato, se procederá a realizar el estudio de la misma de la siguiente manera.

Alega la apelante que la fecha del finiquito contractual, tenuta por el juzgado de conocimiento, corresponde al otrosí del 22 de julio de 2009, sin embargo, esta

no concuerda, con lo reclamado, máxime que, el vínculo se extendía hasta julio 2022, sin que se le hubiera pagado la indemnización por el tiempo restante.

Como quedó definido, entre las partes, se celebraron, cinco otrosí tendientes a modificar el término o duración del contrato a término fijo, iterándose que, ello dentro de la facultad que les asiste a los contratantes a realizar este tipo de modificaciones al vínculo contractual. El último de aquellos data del 1° de diciembre de 2010, en el que se señala, que se prorroga por un año el contrato y consecuencia de ello, se tendría como fecha de vencimiento el 30 de noviembre de 2011 y desde dicha fecha hasta el 8 de octubre de 2021, no se acopió al cartulario, otrosí o contrato que modificase la voluntad de las partes, respecto al tipo de vinculación o su duración, por lo que, debe entenderse que, el contrato, se prorrogó desde el 30 de noviembre de 2011 hasta el 30 de noviembre de 2021, de manera indefinida, por períodos de un año, luego entonces, al exhibirse la carta de no prórroga, el 8 de octubre de 2021 (f°. 82 del archivo 6), el vínculo laboral fue preavisado en debida forma y consecuencia de ello, no hay lugar a reconocer ninguna indemnización.

3. Estabilidad en el Empleo

Otro punto de inconformidad de la parte actora reside en que, se debió renovar el contrato del trabajador, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado y parafraseando lo expuesto por el órgano de cierre de esta jurisdicción, se deberá indicar que, el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo no se contradice con el texto constitucional, pues tal situación ha sido objeto de estudio, en sentencia C-588-1995, donde se expuso.

“...El principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, es obvio que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo, porque aun cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la

durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más aun cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. En otros términos, mas que la fijación de un espacio de tiempo preciso en la duración inicial de la relación de trabajo, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato de trabajo. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma la demandante que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización.

El contrato a término definido no contradice el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma, pues éste alude a que predomine la verdad real afirmada por la sucesión o reiteración de los hechos durante la relación material de trabajo, por encima de los actos formales y, es obvio, que el contrato de trabajo a término fijo reconoce una realidad, cual es, el acuerdo de buena fe entre las partes de que la relación de trabajo tenga la duración que ellas libremente han dispuesto, y que ésta no se prolongue en el tiempo sin su consentimiento.

Tampoco la norma viola el principio de igualdad, pues, como se ha visto, los supuestos de hecho tenidos en cuenta por el legislador al regular los contratos de trabajo a término definido e indefinido son diferentes.”

Deviniedo de las anteriores argumentaciones, que el suscribir un contrato a término fijo, no es óbice para que el empleador o el mismo trabajador, no pueda finalizarlo antes de que se cumpla el plazo pactado, pues, las partes tienen claro, cuando inicia y fenece el mismo y en caso de no presentarse el preaviso, este automáticamente se prorroga por un interregno igual al inicialmente contratado.

En el sub judice, se tiene que, Luis Noé Feria Orjuela desde el año 2009 venía suscribiendo otrosí, en los que se extendía la fecha de terminación de este, siendo el último de ellos, el firmado, el 1° de diciembre de 2010 y el cual se prorrogó hasta el 8 de octubre, cuando Custodiar Vigilancia y Seguridad Privada Ltda., comunicó su decisión de no continuar con el convenio celebrado, no influyendo en tal determinación, ni el origen ni mucho menos el cargo desempeñado, pues, tal determinación obedece en forma exclusiva, en este caso, a la voluntad del empleador, de romper su vínculo laboral.

En igual sentido, lo tiene adoctrina la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 2796 – 2022, en la que expuso:

“...Como lo dijo el juez colegiado, la autonomía de la voluntad de las partes en la celebración de los contratos de trabajo se encuentra limitada por las normas laborales contenidas tanto en la Constitución como en su desarrollo legislativo, las cuales, por ser de orden público, no son disponibles por las partes, como lo prevé expresamente el art. 14 del CST, concordante con el art. 16 del CC.

Sin embargo, en lo que corresponde al meollo del asunto, la Sala considera que, del artículo 46 del CST, objeto de estudio, no se desprende que las partes tengan prohibido acordar, al mismo tiempo de la fijación del término inicial del contrato, una prórroga del término fijo pactado, lo cual fue lo que sucedió en el caso de autos. Inclusive, dicho precepto reconoce a las partes la potestad de renovar el contrato indefinidamente (previsión que fue declarada exequible mediante sentencia CC C-588-95) y establece que, si las partes no deciden preavisarlo con una antelación no inferior a 30 días, opera la renovación automática por un periodo igual al inicialmente pactado y así sucesivamente¹.”

Consecuencia de lo anterior, tampoco prospera este punto de apelación.

4. De la estabilidad en el empleo, por la condición de padre cabeza de familia.

En la pretensión octava solicita el actor que se declare que goza de estabilidad laboral en el empleo por su condición de padre cabeza de familia.

El artículo 3 de la Ley 1232 de 2008, dispone:

“Artículo 3o. Especial protección. El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables.”

En sentencia T-003-2018, la Corte Constitucional indicó respecto a la condición de las personas que ostentan la calidad de cabeza de familia, los siguientes requisitos:

“5.15.2. Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros

¹ La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia No. 109 del 19 de septiembre de 1991, proferida con arreglo a la competencia que se le atribuyó en virtud del artículo 24 transitorio de la Constitución, declaró exequibles los apartes “y así sucesivamente”, pertenecientes a los numerales 1 y 2 del art. 3 de la ley 50 de 1990, que subrogó el art. 46 del Código Sustantivo del Trabajo. En dicha oportunidad, dijo la Corte Suprema, respecto de la *“tácita reconducción”*: «Explicado así el alcance del artículo 46 del C.S.T. no se ve como pueda quebrantar el artículo 17 de la C.N. de 1886 (hoy art. 53 C.N. de 1991), porque en ninguna situación de desprotección se coloca al trabajador. Antes por el contrario y en aras de la seguridad jurídica de él y también de su empleador se consagra la renovación automática del contrato en caso de silencio de las partes, ocurrido con una antelación de un mes a la fecha de su expiración».

miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.”

Y la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 696 de 2021, abordó este tema, con relación a la madre cabeza de familia, así:

“Conforme el texto de esta norma, se extrae que una persona es considerada mujer cabeza de familia cuando tiene a cargo la jefatura femenina del hogar y acredita los siguientes presupuestos: (i) ser responsable en el plano afectivo, económico o social de hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente y no transitoria; (iii) y lo anterior obedezca a la falta de respaldo del cónyuge o compañero (a) permanente, bien sea por su ausencia permanente (abandono o muerte) o porque tenga una incapacidad física, sensorial, síquica o moral, o (iv) exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, lo cual implica una responsabilidad solitaria de la mujer en el hogar.”

Así quienes tienen responsabilidades familiares, sean hombres o mujeres, no pueden ser despedidos sin justa causa, porque el fuero limita las posibilidades de terminación laboral de estos trabajadores. En este fuero se debe acreditar si el empleado, tiene a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar. Además, esa responsabilidad debe ser de carácter permanente y debe derivar no solo de la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre. Además, el empleado no debe recibir la ayuda de los demás miembros de su familia, o incluso aún recibéndola debe existir una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo, siendo en la práctica, el sustento del hogar.

Como pruebas para efectos de acreditar la condición alegada por parte del actor, tenemos:

Certificación emitida por la EPS Famisanar, en la que se registra que Luis Noé Feria Orjuela es cabeza de familia y tiene reportados como beneficiarios a Nancy Sanabria Triana y Johann Santiago Feria Sanabria (fl° 73 del archivo 1), la primera en calidad de cónyuge y el segundo en condición de hijo, y que de

acuerdo con el registro civil de nacimiento, nació el 5 de noviembre de 2007, por tanto, a la fecha de la presente sentencia, cuenta con -16 años de edad (fº. 45 ibídem).

Rocío Álvarez Reinoso, en calidad de representante legal de la convocada a juicio, informó que tenían conocimiento que el actor tiene un hijo menor de edad para la fecha del finiquito del contrato y en la hoja de vida que reposa en sus archivos, se registraron “dos beneficiarios, uno es su primogénito y pues, una señora, que supone es la cónyuge”, pero no tenían información si ella tenía un trabajo o ingreso económico.

Luis Noé Feria Orjuela, indicó que su grupo familiar lo componen, su esposa y 3 hijos, uno vive fuera de la casa, el otro, estudia y trabaja y tiene 22 años y el último tiene 15 años, se encuentra estudiando. Su esposa cuenta con 55 años de edad, se dedica al hogar, **saliendo 2 o 3 días a la semana a laborar en casa de una señora, pero no tiene un empleo estable, tampoco padece de ninguna enfermedad ni sufre alguna minusvalía, al igual que sus hijos.**

A Diana Galeano Cedano, nada se le auscultó sobre el grupo familiar del actor y José Luis Mejía Sarmiento, no sabe nada sobre el grupo familiar de Luis Noé Feria Orjuela.

Es así que, de acuerdo a los precedentes tanto constitucionales como los emitidos por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, confrontados con la prueba antes relacionada, se puede concluir, que, en efecto, Luis Noé Feria Orjuela, no acreditó su condición de padre cabeza de familia, pues el sólo hecho de tener un hijo menor de edad a su cargo, no lo hace merecedor de tal calidad, pues quedó demostrado que la pareja del aquí demandante no se sustrajo de su obligación como madre, ni tampoco desconoció la obligación con su hijo, pues, nótese que el mismo actor, al rendir interrogatorio de parte, afirmó que ella, se dedicaba al hogar y ocasionalmente prestaba a sus servicios en una casa de familia, gozando de buena salud, demostrándose con ello, que tampoco tenía una condición médica especial o una disminución física que le impidiera entregar su fuerza laboral.

Resulta de vital importancia, señalar que, la madre o padre cabeza de familia, ostentan tal condición, no solo por el hecho de ser soporte económico en su grupo familiar, sino porque son responsables afectivamente, de las personas a su cargo, luego entonces, en el sub examine Luis Noé Feria Orjuela era quien brindaba el apoyo económico en su hogar, pero su compañera permanente, es quien da ese soporte afectivo y social, al estar pendiente del trabajo doméstico y del menor (sentencia T1211-2008).

5. **De las costas.**

Dadas las resultas del recurso de alzada, se impondrá condena en costas a cargo del demandante y a favor de la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 300.000.00 por concepto de agencias en derecho, a favor de la demandada.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

**Número de Proceso: 110013105023 2022 00104 01. Demandante: Luis
Noé Feria Orjuela. Demandado: Custodiar Ltda.**

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105020 2021 00114 01
Demandante: Sonia del Carmen Ordoñez Salinas
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

SONIA DEL CARMEN ORDOÑEZ SALINAS, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, con el fin que se declare que tiene derecho a que la pasiva actualice la historia laboral con la inclusión de las semanas efectivamente cotizadas para los meses de mayo, junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1995, febrero, marzo, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1996 y de marzo a octubre de 1998, y demás periodos laborados y no reportados; costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que: i) nació el día 29 de agosto de 1959; ii) ha cotizado al Sistema General de Pensiones y específicamente en el Régimen de Prima Media desde 1988 hasta la fecha, por lo que, en la actualidad tiene en su haber más de 1300 semanas; *iii*) en la historia laboral hay períodos que Colpensiones no ha registrado estando debidamente acreditados; *iv*) prestó servicios a la sociedad Socialti Ltda., desde diciembre de 1994 hasta diciembre de 1998, quien la inscribió al ISS el día 21 del mismo mes y año, con recibo satisfactorio por la entidad; *v*) la demandada no tiene registrada la totalidad los aportes realizados por el empleador, ni lo requirió para que los acreditara; *vi*) con el fin de completar su historia laboral consiguió algunas planillas de pago para demostrar que sí se realizaron los aportes a los siguientes períodos: mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1995, de enero a marzo de 1996, septiembre a diciembre de 1997, marzo a octubre de 1998, *vii*) mediante los radicados: 2018_181031 del 30/01/2018, 2019_3989367 del 26/03/2019, 2019_3988359 del 26/03/2019, 2019_3989506 del 26/03/2019, solicitó a la administradora del RPMPD para que procediera a la corrección de la historia laboral, pero el organismo actualiza parcialmente el cómputo, en otros casos aduce que no es posible la inclusión por supuestas inconsistencias, desconociendo la acreditación del pago pertinente; *viii*) al no obtener respuesta positiva, interpuso acción de tutela bajo el radicado 11001310503420200034800, ante el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, quien concedió el derecho a la actualización de la historia laboral, pero en la impugnación ante el Tribunal, se modificó el amparo, dejándolo como mecanismo transitorio; *ix*) la entidad ha realizado ajustes a la historia laboral eliminando aportes cuyo pago se realizó entre noviembre de 2017 y enero de 2020.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 24 de febrero de 2021 (fl° 13 archivo 01 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante auto del 3 de septiembre de esa anualidad, la inadmitió por no haberse incorporado las pruebas documentales anunciadas (archivo 02 ibíd.). Una vez corregida esa

falencia, se admitió la acción con proveído del 16 de mayo de 2022 (archivo 05 ibíd.).

El juzgador, a través de auto del 24 de noviembre de 2022 (archivo 09 ibíd.) dio por notificada a la demandada por conducta concluyente. Así, la pasiva se pronunció oponiéndose a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, la inscripción con el empleador Socialti Ltda., las reclamaciones efectuadas y la acción de tutela, a los demás adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Como argumento de defensa sostuvo que no era viable actualizar la historia laboral con la inclusión de los períodos solicitados, toda vez que no se logró demostrar que correspondieran a una vinculación laboral, y que, por ello, se encontrara en mora el empleador, lo que suponía que esos ciclos correspondían al posible incumplimiento en la afiliación, caso en el cual la entidad no tenía responsabilidad de cobro coactivo. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica (archivo 06 ibíd.).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 6 de febrero de 2023, dispuso (archivo 11 ibíd.):

PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES DE COLPENSIONES que proceda de forma inmediata a realizar la actualización de la historia laboral de la demandante señora SONIA DEL CARMEN ORDOÑEZ SALINAS, por los tiempos laborados y no reportados por el empleador SOCIALTI LTDA los cuales deben ser tenidos en cuenta para efectos pensionales así:

- *Marzo, abril y julio de 1995*
- *De abril a agosto de 1996*
- *De enero a diciembre de 1997*
- *Enero y febrero de 1998*

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a UN (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.

CUARTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Para arribar a la conclusión anterior, sostuvo que a folio 22 del expediente obraba la afiliación al ISS hoy Colpensiones del empleador Socialti Ltda., a partir del 21 de diciembre de 1994 y a folios 64 en adelante, los pagos de aportes a seguridad social realizados por dicha sociedad, por lo que, era evidente que la demandada actualizó la historia laboral de la actora con la inclusión de los períodos efectivamente cotizados, según se acreditó con el reporte de agosto de 2022, visto a partir del folio 207 del plenario; sin embargo, para el juzgador, no incluyó todos los ciclos, puesto que, como se había advertido, el empleador afilió a la trabajadora desde el 21 de diciembre de 1994 hasta octubre de 1998, sin reportar novedad alguna de retiro en ese interregno, por lo que, en su criterio existió una relación laboral como fuente generadora de las cotizaciones, algunas de las cuales no fueron trasladadas y, en ese orden, le correspondía a la entidad administradora del RPMPD, iniciar las acciones de cobro y como no lo hizo, la obligación del organismo de incluir dichos ciclos como efectivamente realizados, dado el pleno conocimiento de esa deuda sin haber efectuado requerimiento alguno, por lo que, la demandante no debía correr con las consecuencias de la conducta omisiva tanto del empleador como del organismo asegurador. Por último, adujo que no existía claridad sobre cuáles períodos supuestamente fueron eliminados del cómputo laboral por parte de Colpensiones, y en todo caso, con la documental que allegó el organismo de folios 207 en adelante se podía concluir que el ente de seguridad social actualizó el reporte respectivo.

5. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada la impugnó. Indicó, que no estaba probada la relación laboral de los períodos que supuestamente el empleador entró en mora, por ello, la entidad los tomó como de no afiliación lo que impidió a Colpensiones ejercer las acciones de cobro coactivo. Preciso, que como quiera que el empresario no afilió a la trabajadora, éste es el obligado a asumir las consecuencias respectivas, bien con el reconocimiento de las prestaciones o asumiendo el cálculo actuarial. Enfatizó, que, por esa razón, el organismo no podía actualizar la historia laboral incluyendo ciclos ordenados por el *a quo*. Por último, solicitó que se debe revocar la condena en costas, porque los dineros de

la seguridad social tienen esa destinación específica, y no para asumir otras erogaciones; de ahí que, según el recurrente, esa administradora no se le pueden imponer esos emolumentos.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, las partes radicaron los memoriales pertinentes; la demandante defendió la actualización de la historia laboral, enfatizando que la pasiva se equivoca al argumentar que hubo falta de afiliación del empleador, siendo que, quedó acreditado que éste lo hizo desde finales de 1994 y de ahí en adelante hizo los pagos correspondientes sin que la entidad se dignara a incluir los ciclos pertinentes; mientras que la demandada destacó los argumentos de la impugnación.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo los motivos expuestos de apelación, y en grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública convocada, corresponde a la Sala dilucidar, si resulta viable actualizar la historia laboral de la demandante con los ciclos solicitados, por cuenta de su relación con el empleador Socialti Ltda., entre diciembre de 1994 y octubre de 1998, según los cuales, unos fueron efectivamente cotizados, y otros, que al no demostrarse la prueba de su pago, deben computarse por la entidad, por no haber sido objeto de cobro persuasivo. Luego de analizado ese aspecto, en caso de resultar positivo, se estudiará si resulta viable la condena en costas contra Colpensiones.

II. CONSIDERACIONES

Se encuentra fuera de discusión, pues así lo aceptó la pasiva al contestar el libelo, que la actora nació el 29 de agosto de 1959; que la sociedad Socialti Ltda., la afilió al RPMPD, el 21 de diciembre de 1994, y que no existe novedad de retiro por dicho empleador; que, en varias oportunidades, concretamente, entre enero de 2018 y marzo de 2019, aquella solicitó la actualización y corrección de la historia laboral; y que interpuso una acción de tutela con el propósito de que se incluyeran las semanas cotizadas por su empleador, lo cual fue concedida como

mecanismo transitorio, ante la evidencia fehaciente de los pagos en las planillas reportadas por el empleador.

1. De la corrección de la historia laboral y las consecuencias de la mora del empleador en el pago de las cotizaciones.

Teniendo en cuenta dicha base, se debe recordar que la jurisprudencia laboral ha señalado la particular obligación de las administradoras de pensiones de conservar, custodiar y brindar información fidedigna en las historias laborales, por cuanto de los datos suministrados depende el reconocimiento de las prestaciones económicas; de ahí, que se presumen ciertos y vinculantes, por manera que, así como no resulta razonable que la administradora, sin dar ninguna explicación entregue una información distinta a la certificada por ella misma previamente, tampoco lo es, que ante el suministro de datos que da cuenta del cumplimiento de los pagos de los afiliados con las exigencias legales respectivas, ello no quede consignado y, por el contrario, se impongan cargas administrativas que no le corresponden a los usuarios.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL5170-2019, se expresó:

Así, es claro que el Tribunal, pese a que era su obligación, omitió analizar el reporte de semanas de cotizaciones de folios 10 a 15, con lo cual desconoció los reportes en los que se registró «deuda por no pago» del empleador y, por tanto, la posibilidad de convalidar 17,16 semanas que pudieron incidir en la generación de la prestación debatida, y que Colpensiones sustrajo injustificadamente de la historia laboral de la actora.

Lo anterior denota por parte de Colpensiones una conducta transgresora de las pautas que deben guiar el tratamiento de las historias laborales a su cargo. En efecto, al estar sometida la entidad a los lineamientos de la Ley 1581 de 2012, se encuentra en la obligación de custodiar, conservar y guardar la información de las cotizaciones de sus afiliados, premisa que involucra el deber de organizar y sistematizar correctamente esos datos.

Asimismo, la entidad y las administradoras de pensiones, tienen la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, esto es, garantizar que su contenido sea confiable. Esta exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.

De otra parte, Colpensiones en su condición de responsable del tratamiento de datos personales, debe asegurar un manejo transparente de la información consignada en las historias laborales y la veracidad y completitud de la misma.

No podría ser de otra forma en cuanto, las administradoras de pensiones, tienen el deber de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe. Al respecto, la

Corte Constitucional en la sentencia T-208-2012 advirtió sobre el carácter vinculante que adquieren los reportes relativos al cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones frente a las decisiones que las administradoras adopten, posteriormente, respecto de los derechos pensionales de sus afiliados [...].

En tal contexto, cuando Colpensiones expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información así plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. De hacerlo, transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos (subrayas fuera de texto).

Y, en sentencia CC SU405-2021, sobre la responsabilidad primaria en las administradoras de pensiones y, eventualmente en los empleadores sobre la veracidad o exactitud de los registros, sin imponer cargas desproporcionadas a los afiliados ante los errores u omisiones cometidas por esos organismos, se indicó:

98. De ahí que la historia laboral genere obligaciones en las demás partes que integran el sistema laboral y de la seguridad social, en función de proteger al eslabón más débil: el trabajador. Ha explicado la Corte que “tanto el empleador, como las administradoras de pensiones, son responsables de almacenar correctamente la información que reposa en su poder sobre la historia laboral de una persona. Ello, de manera que los ciudadanos interesados puedan acceder oportunamente a esta, presentar correcciones o solicitar certificaciones para realizar trámites legales.” En el caso del empleador, esta Corporación concluyó que, del ordenamiento jurídico y de la protección que merecen los trabajadores, se deriva para este una obligación indefinida en el tiempo de conservar los registros laborales, así como el deber de colaborar en la reconstrucción del historial cuando por alguna razón esto resulte necesario ante la pérdida o deterioro de los registros.

99. Frente a las administradoras de pensiones -objeto de análisis en el presente caso-, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de forma reiterada que existe una serie de deberes en cabeza de tales entidades -públicas y privadas- que supone una especial diligencia en el manejo de la información. De ahí que la carga de la prueba frente a las inconsistencias o errores que surjan recae sobre dichas entidades, sin que las consecuencias desfavorables puedan trasladarse sin más a los afiliados.

(...)

101. En armonía con lo anterior, la jurisprudencia ha desarrollado un conjunto de reglas para atender los casos en que surgen diferencias o reclamos entre las administradoras de pensiones y sus afiliados, debido a inexactitudes o errores en la información. La primera regla indica que la carga de la prueba sobre la exactitud o veracidad de los datos que obran en la historia laboral recae sobre las administradoras de pensiones. En efecto, la primera responsabilidad de estas entidades es la que las vincula con la custodia, conservación y guarda de la información que determina si sus afiliados cumplen los requisitos de acceso a la pensión, así como los documentos físicos o magnéticos en los que reposa tal

información. Ello supone que, como responsables de la custodia de la historia laboral, las administradoras deban garantizar que los datos sean ciertos, precisos, fidedignos, completos y actualizables. Igualmente, deben brindar respuestas oportunas a las solicitudes de información que inicien tanto los afiliados, como las autoridades judiciales o administrativas que lo requieran. En últimas, las historias laborales son documentos que elaboran las administradoras de pensiones, a partir de las bases de datos que estas mismas gestionan. De ahí que es apenas lógico que sean las administradoras de pensiones las llamadas a responder por su exactitud y veracidad.

102. La segunda regla que ha sostenido de forma pacífica la jurisprudencia es una consecuencia lógica de la anterior. En tanto la historia laboral es un documento que emana de las administradoras de pensiones -el cual se nutre de las bases de datos a su cargo- la desorganización, la no sistematización de los datos o el descuido, no pueden repercutir negativamente en el trabajador. De modo que las posibles fallas de las administradoras, desde el punto de vista operacional -y que acarreen el incumplimiento de sus deberes en la gestión de la historia laboral- “no puede traducirse en una denegación del derecho a la seguridad social del ciudadano que tiene la expectativa legítima de pensionarse.” La función de las administradoras de pensiones dentro del Sistema de Seguridad Social, los deberes que les asiste y las potestades con que cuentan estas entidades para administrar la información y aplicar los correctivos que sean necesarios conlleva que “no les es dable trasladarle al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dichas obligaciones, es decir, de la pérdida, deterioro, desorganización o no sistematización de dicha información”; máxime “si esta tiene consecuencias sobre la reivindicación de derechos fundamentales.” Una interpretación contraria “tornaría ineficaces las disposiciones relativas a los deberes que competen a estas entidades como administradoras del sistema, pues administrar implica, de suyo, propender por la mejor prestación de los servicios que se dirigen y prestan, siendo contrario a derecho la vulneración de garantías constitucionales como consecuencia de la inobservancia de obligaciones administrativas de esta índole.”

103. La tercera regla, reiterada por la jurisprudencia constitucional, deriva del principio de respeto por el acto propio, y señala que solo ante razones justificadas y debidamente sustentadas ante el afiliado es posible modificar la información contenida en la historia laboral. El Artículo 83 superior les impone a las autoridades y a los particulares el deber de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe. La Corte ha reconocido, sobre ese supuesto, que los particulares tienen derecho a que sus expectativas frente a la manera en que serán abordadas sus solicitudes se respeten. Tal es el sentido de la confianza legítima, al que la jurisprudencia “se ha referido como una expresión del principio de buena fe que protege a los ciudadanos frente a las actuaciones administrativas que modifiquen, de forma intempestiva, el criterio conforme al cual formularon sus peticiones.” Así, se ha sostenido que la información contenida en la historia laboral genera expectativas legítimas en el afiliado y vincula a la administradora de pensiones que la expidió. De ahí que lo primero que ha recordado la jurisprudencia es que estas entidades “no pueden cambiar arbitrariamente la historia laboral. No es admisible que un afiliado reciba una constancia de tiempos de servicios, y luego la misma entidad emisora la modifique súbitamente, sin que el trabajador conozca las razones, ni haya tenido la oportunidad de manifestarse al respecto. El principio de buena fe prohíbe estos cambios intempestivos.”

104. Ahora bien, lo hasta aquí expuesto no supone que la historia laboral deba asumirse como una declaración tallada en piedra, imposible de modificar. Pero sí exige de las administradoras de pensiones una especial diligencia en caso de proponer un ajuste a su contenido, de manera que no se defraude la expectativa legítima que le asiste a los afiliados frente a la información inicialmente reportada. Tal deber de diligencia conlleva dos principales obligaciones en cabeza de las

administradoras de pensiones: (i) presentar razones poderosas que justifiquen la modificación; y (ii) garantizar los presupuestos mínimos del debido proceso, otorgando un espacio de contradicción y defensa al afiliado que pueda verse afectado con la decisión.

(...)

115. A la luz de todo lo expuesto, y a manera de conclusión, la Sala Plena reitera que la historia laboral es un documento trascendental para la garantía del derecho a la seguridad social, en tanto que constituye la prueba principal que acredita las semanas cotizadas al sistema y que permite materializar el derecho a la pensión luego de años de trabajo y esfuerzo. La historia laboral supone entonces una debida diligencia en el manejo de la información por parte de los empleadores y de las administradoras de pensiones, en función del extremo más débil: el trabajador. Sobre las administradoras de pensiones, en particular, la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada que: (i) la carga de la prueba sobre la exactitud o veracidad de los datos que obran en la historia laboral recae sobre las administradoras de pensiones; (ii) la desorganización, la no sistematización de los datos o el descuido, no pueden repercutir negativamente en el trabajador; (iii) solo ante razones justificadas y debidamente sustentadas ante el afiliado es posible modificar la información contenida en la historia laboral, sin trasgredir el principio de respeto por el acto propio y de la confianza legítima.

116. Estas reglas jurisprudenciales cobran especial sentido ante un contexto en el que la misma Corte ha constatado un estado de cosas inconstitucional en la gestión de Colpensiones. Y si bien el seguimiento por parte de esta Corporación se cerró, ello no equivale a que las fallas estructurales advertidas hubiesen sido superadas completamente. Fallas que se relacionan, precisamente, con los problemas de completitud de las historias laborales, tales como que: “la historia laboral no incluye cerca de 20.4 millones de novedades indeterminadas, la historia laboral cuenta con cambios o modificaciones que no corresponden al respectivo afiliado; y la historia laboral genera deuda presunta por errores en el reporte de cotización o por falta de comunicación de retiro.” (Subrayado fuera del original).

Así las cosas, para la Sala resulta reprochable que la demandada hubiera consignado datos imprecisos o faltantes en varias historias laborales de la demandante, concretamente, con respecto al empleador Socialti Ltda., porque, por ejemplo, en el referencial del 6 de abril de 2017 (fl° 8 archivo 03 digital), se dice que con esa sociedad iniciaron los aportes el 21 de diciembre de 1994, pero, entre enero y febrero de 1995, la existencia de unas cotizaciones sin salario reportado, y más adelante, los ciclos de diciembre de 1995 y enero de 1996 con un salario de cotización, aunque sin darle validez como semanas efectivamente cotizadas, aduciendo que fueron aplicados a períodos anteriores, olvidando que, por tratarse de un vínculo dependiente, tal como lo traía el artículo 27 del D. 692 de 1994, se pagaban mes vencido, dentro de los primeros 10 días, como en efecto se hizo por esa persona jurídica; en cambio en la historia laboral del 27 de enero de 2020 (fl° 24 ibíd.), sí se computaron los ciclos de diciembre de 1995 y comienzos de 1996.

Ahora, el error más evidente o transgresión en el deber de custodiar la información y aplicar las modificaciones ante la evidencia en el pago de las cotizaciones, se genera con las planillas de autoliquidación de aportes que en su momento estaban reguladas por los artículos 23 del D 692 de 1994, D. 1919 de 1994, D. 695 de 1994 y D. 326 de 1996, que logró indagar la demandante con relación a algunos ciclos de cotización con el aludido empleador Socialti Ltda., y que ésta puso a disposición de la entidad, quien simplemente con respuesta del 24 de febrero de 2020 (fl° 72 ibíd.), señaló que, “(...) *la información relacionada en las planillas no coincide con la información que se encuentra registrada en nuestras bases de datos, por lo que esta será objeto de investigación administrativa por parte de la entidad (...)*”; pero sin brindarle la oportunidad a la interesada de conocer esa información que supuestamente reposaba en el organismo, a efectos de dialogar sobre las posibles inconsistencias, y si más bien, obligando a la afiliada a cargas mayores para tratar de reforzar la viabilidad y validez de los pagos efectuados, por lo menos en los siguientes ciclos, todos ellos, según la documental aportada, efectuados en las fechas previstas para los trabajadores dependientes, así:

- a. junio de 1995 pagado el 27 de julio de 1995 con intereses por mora (fl° 49 ibíd.)
- b. julio de 1995 pagado el 18 de agosto de 1995 con intereses por mora (fl° 50 ibíd.)
- c. septiembre de 1995 pagado el 2 de octubre de 1995 (fl 51 ibíd.)
- d. octubre de 1995 pagado el 17 de noviembre de 1995 (fl° 52 ibíd.)
- e. noviembre de 1995 pagado el 5 de diciembre de 1995 (fl° 53 ibíd.)
- f. diciembre de 1995 pagado el 4 de enero de 1995 (fl° 54 ibíd.)
- g. enero de 1996 pagado el 2 de febrero de 1996 (fl° 55 ibíd.)
- h. febrero de 1996 pagado el 13 de marzo de 1996 (fl° 56 ibíd.)
- i. marzo de 1996 pagado el 2 de abril de 1996 (fl° 57 ibíd.)
- j. septiembre de 1997 pagado el 1° de octubre de 1997 (fl° 58 ibíd.)
- k. marzo de 1998 pagado el 16 de abril de 1998 con intereses de mora (fl° 62 ibíd.)
- l. abril de 1998 pagado el 4 de mayo de 1998 (fl° 63 ibíd.)
- m. mayo de 1998 pagado el 1° de junio de 1998 (fl° 64 ibíd.)
- n. junio de 1998 pagado el 2 de julio de 1998 (fl° 65 ibíd.)
- o. julio de 1998 pagado el 3 de agosto de 1998 (fl° 66 ibíd.)

- p. agosto de 1998 pagado el 1° de septiembre de 1998 (fl° 67 ibíd.)
- q. septiembre de 1998 pagado el 1° de octubre de 1998 (fl° 68 ibíd.)
- r. octubre de 1998 pagado el 3 de noviembre de 1998 (fl° 69 ibíd.)

De manera que, al evidenciarse el pago de esos ciclos, le correspondía a la entidad administradora proceder a la corrección oportuna, o por lo menos, referirse a las razones por las cuales desechaba esa información, la cual tenía datos como: el periodo por el cual se cotiza; los nombres y apellidos o razón social y NIT del empleador; nombres, apellidos e identificación de cada uno de los afiliados; salario o ingreso base de cotización; monto de las cotizaciones obligatorias; autoliquidación de los intereses de mora según el caso; los valores y días reportados y la fecha de cancelación o presentación a la entidad bancaria respectiva, es decir, todo lo relacionado y esencial en la autoliquidación de aportes, que regulaban las normas vigentes para la fecha en que se causaron, pero nada de ello fue llevado a cabo por la entidad, sino, como se advirtió, manteniendo en espera indefinida a la afiliada en la actualización de la historia laboral.

De otra parte, en cuanto a las planillas de autoliquidación aportadas por la demandante de los ciclos de octubre a diciembre de 1997, que, si bien se indica allí una fecha de pago, no se puede desconocer que el empleador no liquidó el porcentaje respectivo de cotización a pensión y, por lo tanto, no trasladó dinero alguno a la entidad administradora; lo que en principio daría lugar a la exclusión de semanas cotizadas en esos periodos, pero no puede olvidarse que, ante la presentación de esos formatos con tales deficiencias, le correspondía al organismo activar las alarmas y verificar la presunta omisión del empleador en cumplir su obligación legal, lo que tampoco se llevó a cabo.

Aquí resulta pertinente recordar que la alta corporación del trabajo ha indicado que las semanas en mora, cuando el empleador incumple con su obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones y la entidad de ejecutar las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del asegurado en concordancia con lo establecido en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1887 de 1994; lo cual se diferencia de la falta de afiliación, cuya consecuencia será la constitución y traslado de la reserva actuarial respectiva a satisfacción de la entidad administradora.

En sentencia CSJ SL4282-2022, la Corte recordó:

1. Diferencia entre falta de afiliación y la mora patronal y consecuencias para el trabajador.

La inconformidad del recurrente radica, en que el Tribunal tuviera en cuenta para reconocer la pensión de vejez a la demandante, las semanas cotizadas por el empleador PROSESCO LTDA., en forma extemporánea, pues en su criterio, no se registró afiliación ni relación laboral, razón por la cual no pueden sumarse válidamente aquellas para el cómputo de semanas cotizadas, como tampoco, por cuanto esos pagos no son fruto de un cálculo actuarial.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1078-2021, en la que la Sala explicó la diferencia entre la falta de afiliación y la mora del empleador, así como las consecuencias de cada una, en la que se dijo en forma clara y categórica, lo siguiente:

Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].

*Lo anterior significa, que debemos considerar la existencia de mora patronal, cuando previamente se ha verificado, **que además de existir una relación laboral entre la empresa o persona natural y el trabajador, el empleador ha cumplido con su deber de afiliar oportunamente a su servidor al sistema de seguridad social**, pero ha dejado de hacer el pago de los aportes al sistema general de pensiones, los que debía realizar a través de la respectiva administradora del fondo pensional al cual se vinculó al asalariado. En este evento, la consecuencia de la conducta omisiva del empleador no se traslada al afiliado, si no se acredita que el fondo pensional adelantó las gestiones de cobro correspondientes, lo cual conduce a que ese tiempo deba ser tenido en cuenta en el historial laboral por la administradora para efectos del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, cosa distinta es que se advierta la omisión en el deber de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, **lo que apareja su falta de ingreso al sistema**, ya que, en tal circunstancia, aquel debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a*

través del denominado cálculo actuarial o título pensional, instrumento legal que refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y de cuyo traslado a la administradora pensional, por parte del empleador omiso, depende el reconocimiento de la prestación pensional. Tal circunstancia es la que estima el recurrente, se presentó en el caso bajo estudio, y que más adelante pasará a verificar la Sala. (Negrilla con el original).

Con este parámetro, para la Sala resulta acertada la determinación del juez de primera instancia que, ordenó la actualización definitiva de la historia laboral de la demandante con los ciclos expresamente acreditados en su pago, y los antes mencionados que el empleador reportó, pero que no trasladó al sistema, es decir, que estuvo en mora, y la entidad administradora no acreditó haber llevado a cabo las acciones de cobro respectivo, lo que genera en favor de la afiliada que sean computados para efectos pensionales, máxime que no existe duda de su causación por tener respaldo en los citados formularios de autoliquidación de aportes que diligencia el propio empleador producto de la vinculación laboral de la actora en esos períodos.

De otra parte, es cierto que la jurisprudencia laboral también ha indicado que para convalidar los ciclos en los que no se efectuó pago de las cotizaciones, resulta esencial acreditar la existencia de un vínculo laboral, ello, por cuanto para los trabajadores dependiente afiliados, los aportes se generan a partir de la efectiva prestación del servicio, con independencia de que se presente mora del empleador en su pago.

Sobre esta temática la Corporación en providencia CSJ SL1691-2019, expresó:

Por otra parte, también el juez plural determinó que para contabilizar las semanas reportadas con mora del empleador, era necesario acreditar que en ese lapso existió un vínculo laboral, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en esos periodos.

Tal razonamiento tampoco es equivocado y, por el contrario, está acorde con lo adocinado por esta Corporación en su jurisprudencia (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092-2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018). Precisamente en la providencia CSJ SL3707-2017, la Sala señaló:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente dicha situación, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Conforme lo anterior, en el caso de un trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, las cotizaciones legalmente se causan o generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL 34256, 10 feb. 2009, CSJ SL9808-2015 y CSJ SL13276-2015), criterio que se acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición (Subrayas fuera de texto).

Y, en la sentencia SL4282-2022 antes referenciada, se dijo:

2. El precedente de la Corte frente a la acreditación del vínculo laboral al momento de convalidar el tiempo cotizado.

De forma reitera, la Sala ha enseñado que el trabajador afiliado no puede asumir las consecuencias adversas de la omisión del empleador que no hizo el pago oportuno de las cotizaciones que estaba obligado a sufragar, por cuanto las entidades administradoras de pensiones cuentan con mecanismos legales para exigir el pago de aquellos y no es el afiliado quien debe soportar las consecuencias adversas de tal incumplimiento.

Lo anterior, encuentra su respaldo en lo previsto por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que dispone que les corresponde a aquellas promover las acciones de cobro por el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y a su vez, el artículo 8 del Decreto 1161 de 1994, señala que estas están en la obligación de verificar la conformidad de los montos aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, lo que se refuerza con lo establecido en el artículo 53 de la citada ley, y lo regulado por el Decreto 2633 de 1994, sobre el término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso de ejecución (CSJ SL2074-2020, CSJ SL6030-2017, CSJ SL3399-2018, CSJ SL3550-2018).

Adicional a lo anterior, se tiene que cuando el empleador deja de cotizar y no cumple con la obligación de reportar la novedad de retiro (art. 2 del D. 1161 de 1994), la administradora debe iniciar las acciones de cobro, para que el empleador responda, ya sea informando la novedad de la desvinculación o poniéndose al día en el pago de las cotizaciones.

*Se advierte además, que frente al tema planteado, la Sala ha adocinado que para contabilizar los períodos registrados en mora en la historia laboral, **en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar**, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones, las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).*

(Negrilla con el original).

Como lo advirtió la Corte, solo en caso de incertidumbre o duda en la causación de las cotizaciones, inclusive, para evitar fraudes al sistema con la simple consigna de la omisión de las gestiones de cobro por parte de las administradoras, es posible exigir la acreditación de elementos persuasivos sobre la vinculación laboral, y por consiguiente, la generación de los aportes, lo cual debe recaer fundamentalmente en el empleador y, secundariamente, en el afiliado, porque tanto la afiliación que supone la vinculación al sistema general de pensiones, la cual es obligatoria y permanente, (artículos 11 y 13 del Decreto 692 de 1994), como el reporte de las novedades es obligación del dador de empleo, efectuarlas de manera oportuna (artículo 32 ibidem), lo que implica que el diálogo inicial y las sucesivas comunicaciones que incidan en el sistema general de pensiones es entre el empleador y las administradoras, y por ello, sean esos actores los que deban proceder a corregir los errores y no trasladar cargas injustificadas al trabajador, que muchas veces, después de muchos años o con la extinción de las personas jurídicas o naturales para las cuales prestó el servicio, o el extravío de los documentos de soporte, resulta difícil la tarea de evidenciar el nexo laboral.

Lo anterior se trajo a colación, porque del dicho de la demandante sobre su relación contractual con el empleador Socialti Ltda., entre diciembre de 1994 y diciembre de 1998 de manera continua y la comparación con las planillas de autoliquidación de aportes que anexó con el libelo, quedaron faltando los ciclos de: marzo, abril y julio de 1995; abril a diciembre de 1996; enero a agosto de 1997 y; enero, febrero, noviembre y diciembre de 1998.

Para la Sala resulta razonable que si el empleador afilió a la trabajadora el 21 de diciembre de 1994, pues como se dijo al inicio, de ello no hay discusión, además, no existe reporte de novedades por la sociedad de la cual se generaron las cotizaciones, es más, se acreditó que en mayo de 1995 se hizo el registro de los aportes por ese ciclo, sin indicar que se trata de un nuevo contrato (fl° 48 archivo 03 digital), es viable concluir que los períodos anteriores no fueron trasladados al sistema y, por ello, en mora; igual conclusión para los ciclos entre abril y diciembre de 1996, porque en el formato de los períodos de marzo de 1996 (fl° 57 ibid.) y septiembre de 1997 (fl° 58 ibid.), tampoco aparece novedad de retiro ni de ingreso, respectivamente; lo mismo el interregno entre diciembre

de 1997 (fl° 61 ibid.) y marzo de 1998 (fl° 62 ibid.), cuyos formularios tampoco se reportó por el empleador nada al respecto, dando a entender que la trabajadora procedía de una relación continua.

Entonces, como esos períodos faltantes obedecen a una mora patronal, sin que la entidad administradora hubiera gestionado las acciones de cobro respectivo, la consecuencia es que deben reposar en la historia laboral de la trabajadora para efectos pensionales. En ese orden, le asiste la razón al juzgador de primera instancia al haber ordenado que la demandada incluyera los ciclos que no parecen en la actualización del 2 de agosto de 2022 (fl°18 archivo 06 digital) que aportó la pasiva en la contestación, precisando que, con respecto a los períodos de noviembre y diciembre de 1998, sí se genera duda sobre su causación, porque no existe referencia de comparación con otro documento del cual se pueda establecer la continuidad el vínculo en esos meses, por lo que, hizo bien el sentenciador de primer grado, de avalar las cotizaciones hasta octubre de 1998 con el citado empleador Socialti Ltda.

2. De las costas.

Colpensiones sostuvo que no se le debió condenar en costas de primera instancia, porque se trata de una entidad de la seguridad social cuyos recursos tienen una destinación específica, que no incluye este tipo de emolumentos.

Frente a ello, debe indicarse que con fundamento en lo previsto en el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, la condena en costas debe imponerse a cargo de la parte demandada que es vencida, puesto que, a lo largo del proceso la convocada presentó oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya imposición tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), ni siquiera la naturaleza jurídica de la entidad, debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Así, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales. Al respecto, recuérdese que, la finalidad de las costas es la de otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó y son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción.

En esta instancia, dado el resultado desfavorable de la actuación de la pasiva, se le impondrán costas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMA la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) smmlv.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105020 2021 00114 01. Demandante: Sonia del Carmen Ordoñez Salinas. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105026 2022 00151 01
Demandante: Olga Lucia Factor Lugo
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

OLGA LUCIA FACTOR LUGO, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, generados por la mora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez del causante Darío López Forero, a partir del 12 de junio de 2020 y hasta la fecha en que se verifique el pago, y las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Se indicó, en síntesis, que: *i)* el 12 de junio de 2020, falleció el señor Darío López Forero, quien era afiliado a Colpensiones; *ii)* con ocasión de la muerte, Olga Lucia Factor Lugo solicitó la pensión de sobrevivientes a la entidad, el 28 de agosto de 2020, de lo cual obtuvo respuesta positiva con Resolución n° SUB 62131 del 10 de marzo de 2021, en cuantía inicial de \$8.374.137 y un retroactivo pensional de \$72.232.401; *iii)* pese a ello, el “28 de enero de 2021” (sic), la demandante solicitó a la entidad el reconocimiento de los intereses moratorios, de lo cual respondió la demandada negativamente, el 28 de enero de 2022 (archivo 01 digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 6 de abril de 2022 (archivo 02 ibíd.) y la misma fue admitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del circuito de Bogotá D.C., con proveído del 19 de mayo de esa anualidad (archivo 03 ibíd.), con citación de que trata el Decreto 806 de 2020, el 14 de junio de 2022 (archivo 04 ibíd.).

La convocada se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, los aceptó, aunque en su defensa, precisó que no era viable el reconocimiento de los aludidos intereses, porque, tales emolumentos están concebidos para sancionar a las entidades administradoras cuando retardan injustificadamente el pago de las mesadas pensionales, que no era lo que ocurrió en el asunto, pues una vez se ordenó el reconocimiento pensional, las mesadas se han pagado oportunamente. Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones (archivo 06 ibíd.).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, el juzgado antes referido puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 23 de febrero de 2023, en la que dispuso: (archivos 16 y 17 ibíd.).

PRIMERO. CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante OLGA LUCÍA FÁCTOR LUGO los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto a las mesadas pensionales causadas desde el 12 de junio 2020 al 31 de marzo de 2021, intereses moratorios que correrán desde el 28 de octubre de 2020 al 31 de marzo de 2021. Lo anterior, teniendo en cuenta que en dicho periodo ingresó a nómina de pensionados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada COLPENSIONES, fijándose como Agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Para arribar a la conclusión anterior, indicó que, acorde con reiterada jurisprudencia laboral, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se causan por el retardo en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales luego de la culminación del período de gracia que tienen las entidades administradoras de pensiones en resolver la solicitud pensional, que, en el caso de prestación de sobrevivientes, es de 2 meses.

Sostuvo, que en algunos eventos es posible exonerar de estos emolumentos a las entidades, como cuando hay disputa entre beneficiarios o creencia fundada en el incumplimiento de los requisitos legales, que en el asunto no se dio, pues la única que se acercó a reclamar la pensión de sobrevivientes fue la demandante sin ningún tipo de disputa, por ende, como la demandada resolvió la petición luego del término legal que tenía para el reconocimiento, se hacía deudora de dichos intereses y hasta la fecha de pago efectivo de las mesadas reconocidas.

Finalizó con el análisis de la prescripción, indicando que ese fenómeno no se configuró, porque la actora interrumpió dentro del término trienal.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que no estaba de acuerdo con la imposición de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque, por una parte, éstos solo son viables cuando después del reconocimiento de la pensión, la entidad demora en satisfacer las mesadas, que en este asunto jamás ocurrió, pues una vez se dispuso la concesión del derecho, las cifras dinerarias fueron pagadas a la beneficiaria; por otro lado, porque, aunque si bien era cierto que la Ley 717 de 2001, prevé que las administradoras cuentan con 2 meses para resolver una solicitud de pensión de sobrevivientes, no se debe desconocer que la Ley 700 de esa misma fecha prevé que las administradoras tienen hasta 6 meses para el pago efectivo de las mesadas, por ende, luego de la petición del 28 de agosto de 2020, la entidad tenía hasta ese mismo día del febrero de 2021 para el pago efectivo, y aunque la prestación se concedió el 10 de marzo de 2021, esos días de más resultan razonables.

Acorde con lo anterior, solicitó que se revoque la decisión condenatoria de primer grado, para que, en su lugar, se absuelva al organismo de los aludidos intereses.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandante solicitó que se confirme la decisión cuestionada, pues, en su criterio, el fallo se ajusta al ordenamiento jurídico. Razonó que, ella solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su cónyuge, el 28 de agosto de 2020, sin embargo, Colpensiones por demoras administrativas internas no reconoció el derecho dentro de los 2 meses siguientes de acuerdo con lo señalado por la Ley, dado que la respuesta se dio hasta el 10 de marzo de 2021, al punto que se generó un retroactivo pensional por valor de \$72.232.40.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los argumentos de la alzada por parte de la demandada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en aquellos puntos no cuestionados expresamente, la Sala entrará a resolver: *i)* si la juzgadora de

primera instancia erró en el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para ello, analizará cuál es la interpretación de esa disposición normativa, el plazo legal que tienen las administradoras de pensiones para reconocer ese tipo de prestación y; *ii)* a partir de cuándo se deben reconocer estos emolumentos en el caso concreto, y si fueron o no cobijados por la prescripción.

8. CONSIDERACIONES

En el caso que ocupa la atención, no se debate en la alzada que: *i)* la accionante reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 28 de agosto de 2020, por la muerte del afiliado Darío López Forero; *ii)* Colpensiones resolvió la petición con la Resolución n° SUB62131 del 10 de marzo de 2021, accediendo a la prestación, a partir del 12 de junio de 2020, en cuantía inicial de \$8.374.137, con ingreso en nómina de pensionados en marzo de 2021; *iii)* el 20 de enero de 2022, la promotora del litigio presentó reclamación al organismo, con el propósito de que le reconociera los intereses moratorios, por la demora injustificada en el reconocimiento del retroactivo pensional de sobrevivientes, y; *iv)* la entidad se pronunció frente a esa solicitud con oficio del 28 de enero de 2022, negando tal reconocimiento.

1. De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Antes de analizar cuál es la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conviene precisar que, dentro de las pretensiones de la demanda, se recuerda que la actora solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios por una supuesta tardanza en la *“reliquidación de la pensión de vejez”*, pero al fijarse el litigio en la audiencia celebrada el 9 de febrero de 2023, la *a quo* señaló expresamente que el debate jurídico giraría alrededor de estos emolumentos *“a razón de la mora en el pago de las mesadas pensionales que le fueron reconocidas por Colpensiones”*, esto es, las mesadas producto de la pensión de sobrevivientes, nada relacionado con reliquidación de prestación pensional alguna.

Aclarado lo anterior, se recuerda que los intereses moratorios frente a pensiones se encuentran previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así:

“ARTÍCULO 141. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

Como lo refiere la norma, el pago de estos emolumentos está concebido para la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, valga decir, verificados los requisitos que causan la prestación pensional, el responsable u obligado se niega a cancelarlo en el tiempo señalado por el legislador, ocasionándole al interesado o aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad administradora.

Así las cosas, estos intereses se aplican para resarcir el daño sufrido al pensionado y, de otra parte, para persuadir a las entidades que reconocen las prestaciones pensionales, para que resuelvan en los períodos legales de gracia, pues debe tenerse en cuenta que los beneficiarios de estos derechos quieren en esencia, que sus solicitudes sean respondidas con prontitud, pues ese derecho es el que viene a sustituir la mayor parte de las veces, el salario de quien se encontraba laborando –pensión de vejez-, y con ello percibiendo un ingreso que hacía las veces de satisfacer su subsistencia digna; como también aquellos casos en los cuales los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes se encuentran esperando ese reconocimiento de manera oportuna –*como ocurre en el sub examine*-, ya que, de esos recursos depende su sostenimiento, máxime que ante la ausencia del trabajador afiliado o el pensionado que sustentaba los ingresos económicos del núcleo familiar, se espera con urgencia esa sustitución, o incluso la prestación por invalidez del trabajador que al pasar a ser un sujeto vulnerable en el medio económico o del mercado laboral, dependerá necesariamente del reconocimiento que haga el ente de la seguridad social.

En ese aspecto, la jurisprudencia laboral ha sido enfática en que los intereses moratorios nacen por el hecho del incumplimiento de la entidad encargada de reconocer la pensión, cuando los requisitos se encuentran plenamente cumplidos y se han demostrado a dicho ente, esto es, que ellos se causan cuando se consolida el derecho prestacional por reunirse los requisitos de ley, y, por lo tanto, tales intereses no están sometidos a miramientos, condiciones o

requisitos diferentes a ese mero incumplimiento, sin hacer distinción alguna en relación con la clase de prestación (sentencia CSJ SL, 29 may. 2003, rad. 18789, reiterada, entre otras, en la CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 32002 y CSJ SL1440-2018), y que, tratándose de sobrevivientes, las entidades administradoras cuentan con dos (2) meses luego de la reclamación (art. 1° de la Ley 717 de 2001), para proceder a su satisfacción que, si no se cumple, desde allí proceden esos emolumentos hasta la fecha del pago efectivo (CSJ SL4309-2022, SL3619-2022, SL5681-2021 entre muchas otras).

Así mismo, ha definido que, si bien su cancelación se encuentra supeditada a que exista mora o retardo en el pago de la prestación pensional a la que se tiene derecho, en todo caso su naturaleza es resarcitoria, pues el legislador los estableció con miras a reparar el pago tardío de la pensión a que había lugar, no como una mera sanción al deudor (CSJ SL2546-2020).

Del mismo modo, la Corte ha precisado que aquellos deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en casos puntuales como cuando: *i)* la negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013); *ii)* se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016); *iii)* se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016 y en la CSJ SL070-2018); *iv)* la controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016), y; *v)* existe algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo puede ser dirimido por la justicia ordinaria, como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021, con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni

eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación (CSJ SL5654-2021).

De otra parte, con respecto al argumento de la pasiva que, estos intereses se generan cuando existe para el administrado una pensión reconocida por el Estado y, a pesar de ello, se omite la obligación de cancelarla oportunamente, conviene indicar que la jurisprudencia, de antaño ha dado respuesta a ese cuestionamiento, indicando que ese entendimiento resulta equivocado, pues no se corresponde con el espíritu y los antecedentes históricos de la norma, en donde se ha hecho énfasis en el pronto reconocimiento pensional y su correspondiente pago, a partir de un período de gracia, disuadiendo las dilaciones en su trámite, por lo que, al traspasar ese plazo, aquellos surgen como una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, y por lo mismo hay que entender que se causan desde el momento en que debe hacerse el pago y no se realiza.

Por último, como se advirtió en líneas anteriores, la pensión de sobrevivientes debe resolverse en 2 meses luego de radicada la solicitud, tal como lo prevé el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, por tratarse de norma especial a esa clase de prestación, además de ser posterior a la Ley 700 de ese mismo año, que en su artículo 4° estableció que “(...) *los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes*”. Por manera que, la referencia concreta a la pensión de sobrevivientes por el legislador con un término corto de resolución y pago debe ser atendido por las entidades administradoras, debido a lo ya explicado, sobre la finalidad que tiene esta prestación en los beneficiarios, cuya extensión en el plazo legal, da lugar a la imposición de los aludidos moratorios.

Trasladados los anteriores argumentos al caso *sub examine*, como la accionante presentó su petición ante Colpensiones, el 28 de agosto de 2020, conforme con el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, la entidad de seguridad social en pensiones debía reconocer la pensión de sobrevivientes, a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acreditara su derecho.

Así, como se demostró que la accionante radicó su solicitud de reconocimiento pensional en la fecha antes indicada, la entidad tenía como plazo de gracia para reconocer la prestación de sobrevivientes hasta el 28 de octubre de ese mismo año, lo cual coincide con la conclusión de la juzgadora de primera instancia; por ende, a partir del día siguiente entró en mora el organismo al no resolver, sin que la pasiva hubiera demostrado alguna situación de las previstas en la jurisprudencia para su exoneración, dado que, al revisarse el acto administrativo que reconoció la prestación, ninguna dificultad le mereció la verificación de los requisitos mínimos, o algo que le pudiera generar una duda plausible sobre el derecho, ni mucho menos existió disputa entre beneficiarios, que la hubiera obligado a trasladar la discusión al escenario judicial.

Por consiguiente, la entidad se hace deudora de tales intereses, los cuales corren, entonces, desde la aludida fecha hasta el momento en que se pagaron las mesadas, lo cual ocurrió en marzo de 2021, cuya liquidación arroja la siguiente cifra, que finalmente se impondrá como condena en concreto, y que, en todo caso, al correrse un día, beneficia a la entidad demandada por cuenta del grado jurisdiccional de consulta. Las operaciones son las siguientes:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
12/06/20	31/12/20	3,80%	\$ 8.374.137	7,63	\$ 63.922.579
01/01/21	31/03/21	1,61%	\$ 8.508.961	3,00	\$ 25.526.882
Total retroactivo				\$ 89.449.460,92	

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		31/03/2021
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
desde 12-06-2020 a 30-09-2020	29/10/20	31/03/21	154	26,12%	0,0636%	\$ 30.426.031	\$ 2.980.014,00
oct-20	01/11/20	31/03/21	151	26,12%	0,0636%	\$ 8.374.137	\$ 804.210,00
nov-20	01/12/20	31/03/21	121	26,12%	0,0636%	\$ 8.374.137	\$ 644.433,00
dic-20	01/01/21	31/03/21	90	26,12%	0,0636%	\$ 16.748.274	\$ 958.661,00
ene-21	01/02/21	31/03/21	59	26,12%	0,0636%	\$ 8.508.961	\$ 319.287,00
feb-21	01/03/21	31/03/21	31	26,12%	0,0636%	\$ 8.508.961	\$ 167.761,00
mar-21	01/04/21	31/03/21	0	26,12%	0,0636%	\$ 8.508.961	\$ 0,00

<i>Total intereses moratorios</i>	\$ 5.874.366,00
-----------------------------------	------------------------

<i>Tabla Liquidación</i>	
<i>Intereses moratorios</i>	\$ 5.874.366,0
<i>Total</i>	\$ 5.874.366,0

2. De la prescripción.

No sobra precisar, que como la exigibilidad de los intereses moratorios surge a partir del momento en el cual éstos se causan, que como ya se ha repetido, ello ocurre a partir del momento en el cual vence el plazo legal que tenía la entidad pagadora de la prestación pensional para su efectivo reconociendo luego de la radicación de la solicitud del beneficiario; data a partir del cual se debe contabilizar el término prescriptivo del artículo 151 del CPT y de la SS, lo que en *sub judice* permite concluir que, como los intereses moratorios se causaron desde el 29 de octubre de 2020, y la actora presentó el escrito de reclamación administrativa el 20 de enero de 2022, presentando la demanda el 6 de abril de ese mismo año, con la notificación del auto admisorio el 14 de junio de 2022, es claro que ninguno de los emolumentos causados quedó cobijado con la prescripción.

3. De las costas.

En esta instancia, dado el resultado desfavorable de la actuación de la pasiva, se impondrán costas.

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

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de fecha 23 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de

1993, en el sentido que éstos corren a partir del 29 de octubre de 2020, cuya suma concreta es cinco millones ochocientos setenta y cuatro mil trescientos sesenta y seis pesos (\$ 5.874.366).

SEGUNDO. En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas de esta instancia, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) smmlv.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105014 2021 00157 01
Demandante: Yuly Cristina Enciso Sánchez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

YULY CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 15 de junio de 2020, las mesadas adicionales, la indexación del valor inicial de la prestación, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y cualquier condena que resulte de la aplicación de las facultades extra y ultra petita, y las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, señaló que: *i)* el señor Jesús Uriarte Uriarte nació en Bakio España el 28 de julio de 1937, no obstante, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, el 4 de mayo de 1984 autorizó a la alcaldía de Barranquilla para que fuera inscrito como colombiano por adopción; *ii)* el entonces ISS hoy Colpensiones, el 24 de abril de 2003, le reconoció al señor Uriarte una pensión de vejez, efectiva a partir del 1° de agosto de 1998 por valor de \$3.030.822; *iii)* dicha persona convivió con la actora desde el 15 de enero de 2002 hasta la fecha del deceso, lo cual ocurrió el 15 de junio de 2020, convivencia que en vida del causante fue plasmada en escritura pública n° 00927 del 7 de abril de 2017; *iv)* el 7 de enero de 2007, el *de cujus* solicitó al ISS, que fuera incluida como beneficiaria en salud, lo mismo que ante la Nueva EPS en calidad de compañera permanente, fijando su residencia en Bogotá desde el mismo 2002; *v)* el causante le otorgó poder para que, manejara sus recursos, incluidos sus productos financieros; *vi)* el 15 de mayo de 2019, el señor Uriarte viajó España con el propósito de atender asuntos personales, además, con el objetivo de hacerse unos chequeos debido a su estado de salud; *vii)* el causante fue ingresado al Hospital de Gorliz Ospitalea, el 1° de agosto de 2019, y aunque fue dado de alta el 9 de septiembre de ese mismo año, la situación de salud decayó, por lo que, el 3 de octubre de 2019, viajó a dicho territorio para acompañarlo, pero, tuvo que regresar el 10 de octubre de ese mismo año a Colombia a hacer gestiones, sin la posibilidad de lograr contacto con el hijo del pensionado, del cual se enteró que, junto con una sobrina eran los únicos familiares en España; *viii)* pese a la distancia, los compañeros mantuvieron contacto telefónico, con la intención de viajar a España en abril de 2020, pero, por las restricciones impuestas por los gobiernos debido a la pandemia Covid-19, no fue posible, por lo que, el pensionado falleció en territorio extranjero, el 15 de junio de 2020; *ix)* ante la muerte de su compañero solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero fue negada mediante resolución SUB 238840 del 5 de noviembre de 2020, frente a la cual interpuso los recursos en vía gubernativa, pero éstos fueron rechazados por extemporáneos.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 12 de abril de 2010 (archivo 04 digital) y la misma fue admitida por el Juzgado Catorce Laboral del circuito de Bogotá D.C., con proveído del 10 de noviembre de ese mismo año (archivo 08 ibíd.), siendo enviada citación de que trata el Decreto 806 de 2020, el 30 de septiembre de 2021 (archivo 15 ibíd.).

La convocada se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, aceptó exclusivamente los relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez al causante, la manifestación de que su beneficiaria sería la demandante, la salida del país del señor Uriarte, la fecha de fallecimiento y la reclamación del derecho por parte de la activa, a los demás adujo que no le constaban. En su defensa señaló que no le asistía el derecho a la prestación pensional con fundamento en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, porque la actora no acreditó la convivencia mínima exigida por la norma, dado que, del estudio administrativo realizado, encontró que no era cierto que el causante hubiera compartido su vida con la reclamante desde el 15 de enero de 2002. Propuso como medios exceptivos los de: inexistencia del derecho y la obligación, compensación, improcedencia de condena a intereses moratorios, buena fe, prescripción, la innominada o genérica (archivo 19 ibíd.).

El asunto fue remitido por descongestión, de conformidad con los Acuerdos PCSJA22-11918 y PCSJBTA22-15 de 2022 al Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá (archivo 29 ibíd.).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, el juzgado antes referido puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 17 de junio de 2022 en la que dispuso (archivos 32 y 33 ibíd.).

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a YULY CRISTINA ENCISO SÁNCHEZ el 100% de la pensión de sobrevivientes que dejó causada JESÚS URIARTE URIARTE a partir del 16 de junio de 2020, en cuantía inicial de \$3.030.822, sobre 14 mesadas al año. El retroactivo pensional actualizado a 30 de junio de 2022 asciende a la suma de \$95.958.079 y las que se causen hasta que sea ingresada en nómina de

pensionados. Sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago. Y se autoriza el descuento por aportes de salud.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y prescripción propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y el Despacho se declara relevado del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la parte motiva en su contestación.

TERCERO: COSTAS Las costas serán a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho en dos (2) SMLV de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del CS de la J.

CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto.

QUINTO: Si no es apelada esta decisión por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y dada su naturaleza jurídica se dispone consultarla ante la H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme lo establece el artículo 69 del C.P.L.

Para arribar a la conclusión anterior, primero indicó, que no estaba en discusión que el causante nació en España el 28 de junio de 1937, que luego obtuvo la nacionalidad colombiana por adopción en 1984; que aquél tenía reconocida una pensión de invalidez de origen profesional por el entonces ISS en octubre de 1988, y una pensión de vejez de origen común por la misma entidad, a partir del 1° de agosto de 1998, pero, para el 2020 ascendía a la suma de \$3.030.822, y que el fallecimiento se dio el 15 de junio de dicha anualidad.

Con base en ello, sostuvo que la norma aplicable para el presente caso era la Ley 797 de 2003. Preciso que, pese a que la demandada aportó una investigación administrativa que daba cuenta de algunas interrupciones en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, ello tuvo ocurrencia por los constantes viajes que realizó el pensionado a España con el propósito de atender asuntos personales y someterse a un tratamiento médico, y que, en todo caso, mientras aquél estuvo en el extranjero, mantuvo comunicación con la demandante, por ende, se podía concluir, junto con la testimonial recepcionada en el informativo y las declaraciones extra juicio aportadas por la activa, que la pareja convivió entre el 15 de enero de 2002 y el 15 de junio de 2020; lo cual quedó confirmado con la documental que daba cuenta de los giros internacionales efectuados por el *de cujus*, la protocolización de la unión marital de hecho y las manifestaciones por escrito del señor Uriarte a la demandada y a la UGPP, sobre la calidad de beneficiaria que se le debía dar a la actora.

Finalmente, consideró que la promotora del litigio tenía derecho a la pensión de sobrevivientes del pensionado en la cuantía que éste venía percibiendo, por catorce mesadas, sin lugar a prescripción alguna, por cuanto la activa interrumpió dentro del término trienal laboral. Así mismo, autorizó los descuentos en salud del retroactivo generado e impuso condena indexada, pues consideró que no había lugar a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que, el derecho tan solo se definió en la instancia judicial.

Como ninguna de las partes interpuso recurso de apelación, el asunto fue enviado para que se tramitara el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la pasiva presentó alegatos en esta instancia, aduciendo que, aunque la norma aplicable al estudio de la prestación es la Ley 797 de 2003, la demandante no tenía derecho a la pensión, puesto que la investigación administrativa que sirvió de fundamento para negar la solicitud, se concluyó que la activa y el causante no convivieron desde el 15 de enero del año 2002, hasta el 15 de junio de 2020, adicional a que el hijo del pensionado residente en España se enteró de la convivencia entre los implicados solo hasta el 2020. En ese orden, concluyó que no es viable el reconocimiento y pago de la prestación solicitada, por no acreditar a cabalidad los requisitos exigidos en la norma, esto es, haber convivido con el causante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento. Por consiguiente, solicitó que ser revoque la decisión de primer grado y se absuelva de las súplicas formuladas en su contra.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar todo lo relacionado con el derecho a la pensión de sobrevivientes, comenzando con la norma aplicable, la interpretación dada a la premisa legal y la verificación de los requisitos mínimos previstos por el legislador y la jurisprudencia sobre la materia, hasta llegar a la

conclusión específica de la *a quo*, en el aludido reconocimiento y si acertó en ello, lo cual incluye los aspectos relacionados con la cuantía, fecha de causación, prescripción y la condena indexada.

II. CONSIDERACIONES

En el caso que ocupa la atención, no existe discusión en cuanto a que: *i*) Jesús Uriarte Uriarte nació el 28 de julio de 1937 en España (fl° 227 a 230 archivo 07 digital); *ii*) el 14 de mayo de 1984, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, le concedió la nacionalidad colombiana por adopción (fl° 231 ibíd.); *iii*) el entonces ISS, mediante la Resolución n° 1498 del 21 de octubre de 1988, le reconoció una pensión de invalidez de origen profesional, la cual, posteriormente asumió la responsabilidad la UGPP, con los recursos del FOPEP (fl° 201, 235 y 236 ibíd.); *iv*) esa misma administradora, mediante acto administrativo n° 1400 del 24 de abril de 2003, le reconoció al causante una pensión de vejez, efectiva a partir del 1° de agosto de 1998, la cual, para la fecha del retiro de nómina ascendía a \$3.030.822; *v*) el señor Uriarte falleció el 15 de junio de 2020 en España (fl° 41 ibíd.); *vi*) mediante la Resolución n° SUB 197763 del 16 de septiembre de 2020, Colpensiones negó el derecho a la pensión de sobrevivientes, lo cual confirmó con los actos n° SUB 216106 del 8 de octubre de 2020, SUB 220881 del 19 de octubre de 2020 y SUB238840 del 5 de noviembre de 2020, que realizaron posteriores estudios del caso (fl° 243 a 262 ibíd.).

1. De la pensión de sobrevivientes.

Colpensiones adujo que, como el causante era pensionado, a efectos de que la accionante fuera beneficiaria de la sustitución de dicha prestación, debía acreditar que convivió con aquél, no menos de cinco (5) años, acorde con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales no demostró, concretamente, el lapso reclamado por aquella, entre el 15 de enero de 2002 y el 15 de junio de 2020. Para la *a quo*, contrario a ello, la promotora del litigio sí lo logró, pues tanto con las declaraciones testimoniales como con la prueba documental aportada, daba cuenta de ese término mínimo previsto por el legislador.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 15 de junio de 2020, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

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

[...]

Subrayado de la Sala”

Así, al establecer límites personales y temporales para acceder a la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, busca un fin legítimo al proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla. Por otra parte, la norma persigue favorecer uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia, ello orientado a proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes a través de convivencias de última hora.

De manera que, sobre la interpretación de esta norma, la jurisprudencia laboral en decisión CSJ SL5270-2021 puntualizó que la exigencia de la convivencia por un lapso mínimo no menor de cinco años continuos con anterioridad a la muerte del causante, únicamente se requiere cuando se trata del deceso de un pensionado. Así, para que la cónyuge o la compañera permanente acceda como beneficiario(a) a la pensión de sobrevivientes por la muerte de este último, bajo la previsión del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se debe acreditar:

i) la calidad de cónyuge o compañera; ii) la conformación y pertenencia al núcleo familiar, lo cual se da con ese término mínimo previsto por el legislador, no así en el afiliado, cuya vocación de permanencia debe analizarse en cada caso, y iii) la convivencia vigente para el momento de la muerte.

En providencia CSJ SL5270-2021, sostuvo:

De la redacción del precepto legal, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión».

En ese orden, bajo la hipótesis prevista en el referido literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la compañera que pretenda la pensión de sobrevivientes por la muerte de un pensionado debe acreditar no solo tal condición (compañera), sino también la convivencia vigente para el momento de la muerte y la conformación y pertenencia al núcleo familiar, en los términos referidos, por ello, cuando la *a quo* exigió a la actora acreditar 5 años de convivencia inmediatamente anteriores a la muerte del señor Uriarte, acertó en la interpretación que se le debe dar a la norma aplicable al caso.

En el presente asunto no se discute que a la fecha del deceso del señor Jesús Uriarte Uriarte, la actora acreditaba más de 30 años de edad, pues nació el 5 de diciembre de 1981, tal como la demandada lo reconoció en los actos administrativos que negaron el derecho pensional, además así lo confirma la copia de la cédula de ciudadanía (fl 39 archivo 07 *ibíd.*); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la reclamante.

Obra en el expediente copia de la escritura pública n° 00927 del 7 de abril de 2017 ante la notaría 67 del círculo de Bogotá, en la que los contrayentes Jesús Uriarte Uriarte y Yuly Cristina Enciso Sánchez, en los términos del de la Ley 962 de 2005 en su artículo 1°, modificatorio del artículo 2° de la Ley 54 de 1990 y el Decreto 1664 de 2015, con apoyo en declaraciones extra proceso, declararon la existencia de la unión marital de hecho, sin hijos menores de edad de precedente unión marital, desde el 15 de enero de 2002; así mismo, que de dicho vínculo, se dio origen a la sociedad patrimonial de hecho, sin la adquisición hasta ese momento de bien alguno (fl° 43 a 48 ibíd.).

Declaración juramentada n° 252 del 15 de enero de 2007, de los anteriores contrayentes, quienes señalaron que *“(...) bajo la gravedad de juramento que, convivimos en unión libre de manera permanente y bajo un mismo techo desde hace 5 años; que YULY CRISTINA ENCISO SANCHEZ no está vinculado(a) laboralmente con entidad pública o privada, no recibe ingresos de ninguna clase, no es pensionado (a), no está afiliada a ninguna EPS, y depende económicamente de JESÚS URIARTE URIARTE.”* (fl° 51 ibíd.).

Certificación de la Nueva EPS de septiembre de 2020, junto con el carnet de afiliación de la actora, que da cuenta que ella ostenta la calidad de beneficiaria del causante, desde el 1° de agosto de 2008 (fl° 52 y 53 ibíd.).

Contrato de arrendamiento de vivienda urbana, celebrado en Bogotá el 17 de agosto de 2012, por un año de vigencia, cuyo arrendatario fue el señor Jesús Uriarte, y quien le sirvió de deudor solidario fue la demandante (fl° 56 y 57, 64 a 69 ibíd.).

Formulario de novedades ante el entonces ISS del 18 de junio de 2007, mediante el cual el pensionado informó de la inscripción de la demandante como su beneficiaria en calidad de compañera permanente (fl° 77 ibíd.); igualmente, este tipo de solicitud dirigida a la UGPP en marzo de 2017, para efectos de la prestación por invalidez de origen profesional que el señor Uriarte percibía (fl° 200 y 201 ibíd.).

Carta del 4 de septiembre de 2015 de la Inmobiliaria AJM & CIA Ltda., dirigida a Yuly Cristina Enciso y a Jesús Uriarte como arrendatarios de un inmueble

ubicado en la cra 101 #70-55 casa 8, en la cual les hacen la oferta de venta del bien en el cual ellos residen (fl° 88 y 89 ibíd.).

Comunicación de enero de 2012 de la Nueva EPS dirigida al pensionado, con el propósito de que allegara los documentos pendientes para actualizar los beneficiarios, concretamente, Yuly Cristina Enciso (fl° 93 ibíd.).

Certificación de giros internacionales de la empresa Western Union del 2 de noviembre, 3 de junio, 5 de diciembre, 5 de julio, 8 de agosto, 13 de septiembre, 15 de diciembre, 18 de julio, 20 de noviembre, 23 de agosto de 2017 y 22 de enero de 2018 (fl° 115 a 125 ibíd.) en donde se indica que el remitente de las divisas es el señor Jesús Uriarte y la receptora o destinataria es la demandante (fl° 115 ibíd.); en ese mismo sentido, certificación de la entidad bancaria Davivienda del 25 de mayo de 2021 (fl° 266 ibíd.) que especifica las transferencias internacionales del señor Jesús dirigidas a Yuly Cristina entre junio de 2018 y julio de 2019.

Declaraciones extra juicio de Ángela Marcela Velásquez Gil, ante la Notaría 67 del Circulo de Bogotá, July Andrea Fernández Manrique, Jorge Eliecer Gaitán ante la Notaría Única del Círculo de Guatavita-Cundinamarca y José Julián Díaz Esteban ante la Notaría 49 de Bogotá (fl° 174 a 183 ibíd.), todos en calidad de conocidos y vecinos de la demandante y el pensionado entre 2002 (la primera), 2010 (la segunda), 2007 (el tercero) y 2006 (el cuarto); quienes manifestaron que conocieron en diversas constancias a la pareja, conviviendo, dándose cuenta del apoyo económico del señor Uriarte hacia la actora, quien no tenía ingresos, dado que, además de vivir en arrendamiento por varios años, dieron cuenta que la demandante se graduó como Ingeniera Mecánica, carrera que le sufragó el pensionado, además de compartir durante diversos años, conversaciones y temas relacionados como vecinos, señalando el comportamiento que tenían como pareja mientras los conocieron, pese a la diferencia de edad que había entre uno y otro.

Copia de escritura pública n° 02464 del 15 de septiembre de 2016 ante la Notaría 67 de Bogotá, mediante la cual Jesús Uriarte Uriarte le otorgó poder general a Yuly Cristina Enciso Sánchez, para que en su nombre y

representación le administrara los bienes de todo tipo y actuara ante terceros para cualquier tipo de acción (fl° 185 a 187 *ibíd.*).

Se recibió el testimonio de dos de las personas que efectuaron las declaraciones extra juicio, señores José Julián Díaz Esteban (minuto 20:20 a 31:00 archivo 32 *ibíd.*) y Ángela Marcela Velásquez Gil (32:00 a 43:40 *ibíd.*), quienes reiteraron que, él (Díaz Esteban) como arquitecto y docente universitario en la Universidad Libre, conoció a la pareja en 2006, y a partir de allí inició la amistad con ellos, por ende, los visitaba constantemente y pudo darse cuenta del vínculo afectivo que los unía; sostuvo que el señor Uriarte viajó a España en los últimos años de vida con el propósito de iniciar tratamiento médico allí, debido a la calidad del servicio y pudo constatar que mientras aquel estaba por fuera del país, le enviaba recursos económicos a la demandante, pues la acompañó varias veces a retirarlos; añadió que supo que la actora viajó en el 2019 a dicha nación a visitar a su esposo, remitiéndole fotografías del señor Jesús, percatándose del deterioro físico en que estaba, pero, la idea era que Yuly lo traería de regreso.

Ángela Marcela en calidad de amiga de la pareja, quien señaló que los conocía hace veinte años aproximadamente en el barrio Villas de Granada, porque vivía en esa zona, narró que ella los acompañaba en diferentes reuniones, dándose cuenta que su comportamiento era como cualquier pareja sentimental, en donde el señor Uriarte sufragaba los gastos de arrendamiento y alimentación; que sabía que el compañero viajaba a España a hacerse chequeos médicos y no llevaba a Yuly porque aquella estaba estudiando y que al final de sus días, estuvo en España con el fin de traerlo de regreso, pero que ello no fue posible porque los médicos lo desaconsejaron.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, es posible llegar a las siguientes conclusiones: *i)* que es cierto que la convivencia inició en enero de 2002, pues acorde con la declaración certera de Ángela Marcela Velásquez, los conoció en Villas de Granada porque vivía en esa zona, y a partir de allí se dio cuenta del vínculo afectivo, lo cual corroboró el señor José Julián Díaz, quien conoció a la pareja cuando la demandante era estudiante universitaria en el 2006, y luego, por las visitas constantes, también pudo percatarse de la unión; así mismo, es posible establecer esa continuidad del vínculo, porque en el 2008, el pensionado decidió

incluirla como beneficiaria en salud, lo cual da cuenta de la dependencia económica de la actora con respecto al señor Jesús Uriarte, según el carnet y certificación de la Nueva EPS antes rememorados, inclusive en junio de 2007, el causante ya había anunciado al entonces ISS, que su compañera permanente era la demandante; igualmente, resulta indicativo que la pareja hubiera decidido oficializar el vínculo, con la declaración de la unión marital ante notario, es decir, que por la consciencia y persistencia de la comunidad de vida, decidieron plasmarlo en documento reconocido legalmente y ante terceros, y; ii) que con anterioridad al deceso, entre 2018 y 2019 hubo interrupciones en la convivencia física de la pareja debido a los viajes del pensionado a España, pero, ello no es motivo para descartar el vínculo afectivo y apoyo mutuo propio de la conformación de la familia, pues, tal circunstancia como lo narraron los testigos, obedeció a situaciones excepcionales y comprensibles, por cuenta de la voluntad del señor Uriarte quien por el conocimiento que tenía y su nacionalidad española, se sometió a tratamiento médico en ese país, pero desde allí aquel estaba pendiente de su compañera, al punto que le enviaba periódicamente remesas, según los certificados aportados por la actora que fueron reseñados con anterioridad en ese lapso, y en todo caso, ésta estuvo acompañándolo algunos días en 2019 época en que se dio el fallecimiento, como lo dijo el declarante José Julián Díaz, pues desde allí le envió fotografías del señor Jesús, donde pudo constatar la salud de su amigo y la visita de la actora, lo cual coincide con el viaje acreditado por aquella según folio 108 del archivo 07 digital, y la imposibilidad de aquella de volver a España por cuenta de las retracciones que de público conocimiento implementaron los gobiernos por la pandemia Covid 19, pese a que tenía comprados los tiquetes para ese viaje (fl° 113 y 114 ibíd.).

Lo anterior coindice con lo dicho por la jurisprudencia laboral, sobre que no vivir bajo el mismo techo por condiciones especiales no implica necesariamente que desaparezca la comunidad de vida, siempre que prevalezcan los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, propios de la vida en pareja. Por ejemplo, en providencia CSJ SL6519-2017, citada en CSJ SL3861-2020, se indicó que:

[...] la convivencia debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar

permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo.

En igual sentido en sentencia CSJ SL14237-2015, reiterada en CSJ SL4962-2019, la Corte sostuvo que:

Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

[...]

Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable «que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero».

Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente.

En ese orden, como lo concluyó la juez de primera instancia, en el asunto quedó acreditado que esa familia que tenían conformada la demandante y Jesús Uriarte Uriarte, pese a esas separaciones físicas temporales, tuvieron una razón justificable, que era velar por una recuperación de la salud, debido a la creencia fundada que en España, el pensionado podía estar mejor, sin que ello implicara una separación definitiva, al punto que señor Uriarte estuvo en viaje constante de ingreso y salida de Colombia (fl° 190 *ibíd.*), precisamente por el vínculo afectivo que lo unía con la demandante, quien a la postre estuvo al tanto, pese a la distancia, según lo narró la declarante Ángela Marcela Velásquez, por las video llamadas que éstos se realizaban desde la distancia.

En consecuencia, corresponde el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la reclamante, en tanto acreditó una convivencia superior a 5 años con el causante; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto. Cabe agregar que, como se trata de que la prestación continúe en las mismas circunstancias en materia de cuantía que recibía su inicial beneficiario, la entidad de seguridad social solo debe hacer las gestiones para que se sustituya en la compañera sobreviviente, sin lugar a modificaciones en cuanto a mesadas adicionales e incrementos anuales.

2. De la excepción de prescripción.

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6° del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empiece a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adocinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el *sub examine* el derecho pensional se causó el 15 de junio de 2020, y teniendo en cuenta que en el expediente obran varias resoluciones que negaron el derecho pensional por parte

de Colpensiones, cobra especial relevancia, que el inicial estudio data del 16 de septiembre de 2020, con resolución SUB 197763, sin que se indique fecha exacta de la reclamación, y no obra en el expediente otra documental que dé cuenta de ello, por lo que, se tomará esa data como de la inicial solicitud, que como se dijo fue respondida con acto SUB 197763, y como quiera que las demás resoluciones se tratan de nuevos estudios y no propiamente de resolución de recursos en vía gubernativa, es claro que, como la actora se notificó de esa decisión, ese mismo día, tenía hasta el 16 de septiembre de 2023, para la acción judicial, la cual se radicó el 12 de abril de 2021, que una vez admitida el 10 de noviembre de esa anualidad, al final se tuvo por notificada por conducta concluyente a la pasiva, con auto del 29 de marzo de 2022. Por lo que es claro que el retroactivo pensional generado no quedó afectado por dicha figura, como lo concluyó la *a quo*.

3. De la indexación.

La juzgadora de primera instancia impuso la condena indexada frente a las mesadas adeudadas, aduciendo que esta figura se imponía en lugar de los moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dada la controversia judicial del derecho, lo cual, si bien esta postura es equivocada, dado el criterio inveterado de la jurisprudencia laboral sobre el concepto, las características y los eventos en los cuales es posible su exoneración¹, al final, como la activa no cuestionó esa

¹ La Sala Laboral de la CSJ ha señalado que los intereses moratorios deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en casos puntuales como cuando:

- i) La negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013).
- ii) Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016).
- iii) Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016 y en la CSJ SL070-2018).
- iv) La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).

absolución, y por el contrario, tal imposición beneficia a la entidad demandada, se confirmará en ese punto la decisión de primer grado, pues, en todo caso, la indexación compensa la pérdida del poder adquisitivo de la sumas dinerarias que se reconocen en tiempo posterior.

4. De las costas.

Como quiera que el asunto se estudió en grado jurisdiccional de consulta, no se imponen costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. Sin costas en el grado jurisdiccional.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada

-
- v) Existe algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo puede ser dirimido por la justicia ordinaria, como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021, con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación (CSJ SL5654-2021).



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105014 2021 00157 01. Demandante: Yuly Cristina Enciso Sánchez. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105016 2019 00176 01
Demandante: Francisco Javier Navarrete Ulloa
Demandado: Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor FRANCISCO JAVIER NAVARRETE ULLUA, demandó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y a FIDUCOLDEX SA., con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción, la indexación de las mesadas, cualquier condena extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, el actor, en síntesis, señaló que: *i)* nació el 7 de marzo de 1960; *ii)* prestó servicios mediante un contrato de trabajo

a término indefinido para la extinta Alcalis de Colombia, entre el 29 de octubre de 1980 y el 31 de enero de 1982 y entre el 8 de febrero de 1982 y el 28 de febrero de 1993; *iii*) estuvo afiliado a la organización sindical, por ende, era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo; *iv*) el empleador terminó el contrato de trabajo sin justa causa; *v*) Alcalis de Colombia Ltda, fue liquidada, por ende, la asunción del reconocimiento de las prestaciones económicas lo asumió el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia; *vi*) solicitó el reconocimiento de la pensión sanción tanto a dicha entidad como a Fiducoldex y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (fl° 109-123 archivo 01 digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 5 de marzo de 2019 (fl° 124 *ibíd.*), siendo admitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 2 de julio de ese mismo año (fl°. 127 *ibíd.*), la cual fue notificada por aviso judicial para entidades públicas, de conformidad con lo previsto en el inciso 4°, párrafo, art. 41 del CPT y de la SS (fl° 129 a 131 *ibíd.*).

La Nación Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones. Con relación a los hechos admitió los relacionados con la edad, la prestación de los servicios, la afiliación al sindicato, los beneficios de la Convención Colectiva, la calidad de trabajador oficial, la liquidación de la empresa y la reclamación efectuada por el actor. Como sustento de la defensa, señaló que, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del D. 2601 de 2009, ante el cumplimiento de los requisitos de la pensión sanción, quien está legitimada a efectuar el reconocimiento es el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al habersele asignado la competencia de satisfacer las pensiones que estaban a cargo de la extinta Alcalis de Colombia, sin que sea necesaria la participación de dicho Ministerio. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, falta de consolidación del derecho y falta de integración del litisconsorcio necesario con Colpensiones (fl° 132 a 153 *ibíd.*).

El Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia –FPSF– también se opuso a las pretensiones, y en cuanto a los hechos aceptó la edad, la prestación de los servicios con el directo empleador, el tipo de contrato, la liquidación de la entidad y la reclamación efectuada por el demandante, frente a los demás que no eran ciertos y que no le constaban. Sostuvo en su defensa que no hay lugar al reconocimiento pensional, porque la terminación del vínculo laboral estuvo amparada en una causa legal; adicional, que el empleador efectuó cotizaciones al entonces ISS hoy Colpensiones, por ende, es ese ente asegurador el que debe reconocer una eventual prestación pensional. Propuso como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, prescripción, compensación, buena fe, improcedencia de intereses moratorios y la genérica (fl° 185 a 194 ibíd.).

La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior SA –FIDUCOLDEX SA– se opuso a las súplicas. Expuso en su defensa que, aunque era cierto que Álcalis de Colombia Ltda., celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos con ella, su objeto solo estaba circunscrito a la constitución de un PAR con los recursos trasladados por el organismo contratante, con el fin de que la fiduciaria administrara los activos que cubrirían los gastos en que incurriera dicho PAR en las gestiones administrativas operativas necesarias para que el director del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pudiera hacer los reconocimientos pensionales, por ende, era a esa entidad a quien la parte actora debió dirigir su reclamación prestacional y no a ella. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación a cargo de Fiducoldex SA, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, pago, compensación, prescripción, buena fe, falta de causa legítima para reclamar, improcedencia de intereses moratorios y la genérica (fl° 202 a 208 ibíd.).

Finalmente, Colpensiones se pronunció, por cuenta de la vinculación oficiosa que ordenó el juzgado mediante auto del 3 de febrero de 2021 (fl° 216 ibíd.), para lo cual, se opuso a las pretensiones, y con respecto a los hechos dijo que no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del

derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (archivo 05 digital).

En la audiencia llevada a cabo el 21 de octubre de 2021, el juzgador declaró la sucesión procesal con la UGPP, con respecto a la demandada FPSF, haciendo la salvedad que la nueva entidad asumía el proceso en el estado en que se encontraba.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 29 de noviembre de 2021, a través de la cual:

PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., a reconocer y pagar al demandante FRANCISCO JAVIER NAVARRETE ULLOA, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.975.784, la Pensión Restringida de Jubilación, conforme al artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en su calidad de ex – trabajador de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA, en razón del despido sin justa causa decretado así por el mencionado empleador, a partir del 7 de marzo de 2020, en cuantía inicial de Novecientos Siete Mil Trescientos Dieciocho Pesos Moneda Corriente (\$907.318.00 M/CTE), junto con sus correspondientes reajustes anuales de ley, y DECLARANDOSE que la mencionada pensión tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez que le llegue a ser reconocida por COLPENSIONES, por lo tanto la entidad aquí condenada solo estará obligada al pago de un mayor valor si lo hubiere, en comparación de las dos prestaciones mencionadas.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., a indexar el valor de las mesadas pensionales condenadas en la presente sentencia, a partir del 07 de marzo de 2020, acudiendo para ello a los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, tal y como se precisó en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuestas por FIDUCOLDEX S.A y la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, y la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN alegada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y por el resultado de la litis se abstiene el Despacho de pronunciamiento frente los demás medios exceptivos.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de UN (1) SMLMV como valor de las agencias en derecho, y así mismo se CONDENA EN

COSTAS a la parte demandante, y en favor de FIDUCOLDEX S.A y de LA NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, incluyendo en favor de cada una de las mencionadas demandadas, el valor de Doscientos Cincuenta Mil Pesos Moneda Corriente (\$250.000.00 M/CTE) como valor de las agencias en derecho.

Fundó su decisión en que, se encontraba acreditado el vínculo laboral entre el actor y la extinta Álcalis de Colombia, por los períodos comprendidos entre el 29 de octubre de 1980 y el 31 de enero de 1982, y entre el 8 de febrero de 1982 y el 28 de febrero de 1993, para un total de 12 años, 3 meses y 20 días; en calidad de trabajador oficial, cuyo contrato terminó por un motivo legal, que fue la liquidación de la entidad, pero, en todo caso, sin justa causa. Adujo, que, en ese orden, el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión sanción del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que era la norma aplicable en la fecha de expiración del vínculo laboral, y no las Leyes 100 de 1993 y 50 de 1990, ésta última, que dejó a salvo tal prestación en cabeza de los trabajadores oficiales.

Refirió, que la pensión se causó el 28 de febrero de 1993, pero su exigibilidad era, a partir del 7 de marzo de 2020, cuando el demandante cumplió los 60 años, por ende, como el ingreso base de liquidación, que correspondía al promedio salarial del último año de servicios estaba desactualizado, se hacía necesario compensar esa pérdida con la indexación, y así obtener la primera mesada. Precisó, que como en el expediente se declaró la sucesión procesal con la UGPP, y acorde con lo previsto en el D. 1623 de 2020, ese organismo debía hacer responsable de asumir ese reconocimiento y no el resto de convocadas.

Sostuvo, que la pensión la acompañaban catorce mensualidades, pues como se causó en febrero de 1993, no se vio afectada por el A.L 01 de 2005, el cual suprimió la mesada 14. Enfatizó que, en todo caso, la prestación sería compartida con la de vejez que llegue a reconocer Colpensiones, sin que ninguna suma de la pensión sanción hubiere quedado afectada por la prescripción, en cuanto, una vez se hizo exigible, el actor la reclamó dentro del término trienal laboral.

Por último, indicó que no había lugar a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque se trataba de una prestación que estaba por fuera del sistema de seguridad social integral creado por esta disposición, pero, en su lugar, tenía derecho a la indexación de las mesadas causadas. Le impuso costas

al actor con respecto a la absolución del resto de convocadas, porque en su criterio, no había fundamento normativo para su llamado judicial, aunque lo favoreció con una proporción de costas ante la condena de la UGPP.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP solicitó que se revoque la decisión de primer grado, pues, en su criterio: *i)* la normatividad aplicable al caso eran las Leyes 50 de 1990 y Ley 100 de 1993, que prevén que esa prestación es viable reconocerla solo si hay omisión en la afiliación para los riesgos de IVM y se acumula una antigüedad, primer aspecto que el actor no cumplió, porque quedó demostrado que el empleador Ácalis de Colombia Ltda afilió al demandante al entonces ISS mientras éste prestó el servicio; *ii)* que en caso de tenerse en cuenta que la norma aplicable es el art. 8° de la Ley 171 de 1961, dicha disposición exige para el reconocimiento prestacional, el cumplimiento del tiempo de servicios y la edad, que en este asunto, no se configuró, porque los 60 años fueron completados después de la terminación del vínculo laboral; *iii)* que esa misma disposición exige que el despido haya sido sin justa causa, y en el asunto ese aspecto tampoco se acreditó, en cuanto la liquidación de la entidad se considera una causa legal; *iv)* que de mantenerse la idea de la causación del derecho, aquél debió liquidarse con la base salarial que se tuvo en cuenta para las cotizaciones en pensión, acorde con la historia laboral aportada, y; *vi)* que no hay lugar a que se le condene en costas de primera instancia, porque fue convocada al proceso como sucesora procesal del Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacional de Colombia –FPSF–, sin posibilidad de dar proponer excepciones y rebatir los argumentos del demandante, por ende, no puede considerársele que fue vencida en el proceso.

Por su parte, el actor sostuvo que no estaba de acuerdo con la condena en costas que se le impuso, pues para la fecha de presentación de la demanda, tanto el Ministerio de Comercio como Fiducoldex eran las encargadas de la administración y pago del pasivo pensional de la extinta Ácalis de Colombia, previo estudio del derecho por parte del FPSF; de ahí, que en su criterio, estaba habilitada y respaldada normativamente para demandar y exigir de dichas entidades el reconocimiento pensional y las gestiones derivadas de la posible condena. En tal sentido, solicitó que se revoque ese aspecto de la decisión de primera instancia.

Mediante auto del 27 de mayo de 2022, se ordenó la devolución del expediente al juzgado de origen, debido problemas de acceso y claridad en el expediente digital, por lo que, corregido dicho error, las diligencias fueron remitidas al Tribunal, el 30 de enero de 2023 (archivo 23 ibíd.).

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la UGPP y Colpensiones presentaron alegatos en esta instancia. La primera reiterando los argumentos de la apelación y la segunda, solicitando que no se le imponga condena alguna, pues ese organismo no tiene injerencia en el reconocimiento prestacional reclamado por el demandante.

6. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad, entra la Sala a establecer como problemas jurídicos, los siguientes: *i)* si el actor tiene derecho a la pensión sanción, para ello, se debe entrar a estudiar cuál es la norma aplicable, si la ley 171 de 1961 como lo definió el *a quo*, o por el contrario la ley 50 de 1990 o ley 100 de 1993 como lo pretende la UGPP, *ii)* si la edad es un requisito de causación del derecho y si la misma debía estar cumplida para la fecha de terminación del contrato, *iii)* si el vínculo laboral finiquitó con justa causa o por el contrario fue sin justa causa, y en este punto es necesario entrar a estudiar cómo se considera la liquidación de la empresa en este campo *iv)* la base salarial para liquidar la pensión sanción, y allí mismo, por virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la recurrente, estudiar la fecha de reconocimiento pensional, la cuantía, si hay lugar al reconocimiento de la mesada adicional 14, la prescripción, la indexación de las mesadas causadas, los descuentos de los aportes a seguridad social del retroactivo generado, la compartibilidad de esta prestación y la legitimación en la causa por pasiva del resto de convocadas, a efectos de establecer si aquellas tienen alguna responsabilidad simultánea con la UGPP y, finalmente; *v)* si la entidad debe ser condena en costas pese a ser vinculado al proceso como sucesor procesal, y si el actor debe ser condenado por este mismo concepto por haber demandado inicialmente a las entidades que luego fueron absueltas.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo estipulado en el artículo 66 A del CPT y SS, la Sala procede a resolver el recurso impetrado por las partes y en consulta frente a las condenas impuestas a la UGPP.

1. Del contrato de trabajo.

No es motivo de discusión en la alzada, la existencia de dos contratos de trabajo entre el demandante y Álcalis de Colombia Ltda, entre el 29 de octubre de 1980 y el 31 de enero de 1982 y del 8 de febrero de 1982 y el 28 de febrero de 1993, es decir, como lo adujo el *a quo*, 12 años, 3 meses y 20 días, lo cual fue aceptado por las demandadas desde la contestación de la demanda y se encuentra corroborado con la certificación aportada a folio 14 del archivo 01 digital.

2. De la pensión sanción

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia, SL 1494-2014, respecto a la norma aplicable en materia de pensión restringida de jubilación, fue enfática en señalar, que se debe aplicar la norma vigente al momento del retiro del trabajador, pues el cumplimiento de la edad es tan solo una condición para su exigibilidad. (Ver, entre otras, CSJ SL, 25 may. 2008, rad. 32933; CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 34974; y CSJ SL 14 nov. 2012, rad. 45637, SL1494-2015).

En el caso *sub lite*, la terminación del contrato de trabajo del demandante ocurrió el 28 de febrero de 1993, por lo que la norma aplicable al presente caso, es el art 8° de la Ley 171 de 1961, el cual señala:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años

de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación”

De manera que, de acuerdo con el precepto transcrito, son dos los requisitos esenciales para acceder a la pensión restringida de jubilación; en primer lugar, que los servicios hayan sido prestados por más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos y, en segundo lugar, que la terminación del vínculo se haya producido por decisión unilateral y sin justa causa de la empresa. Y si el fenecimiento del vinculo laboral se da por renuncia del trabajador, para acceder a la pensión restringida, se requiere haber prestado el servicio por mas de 15 años y menos de 20.

El artículo 8 de la Ley 171 de 1961 que consagró la pensión proporcional de jubilación, tanto para los trabajadores oficiales como particulares, mantuvo su vigencia para el caso de los trabajadores particulares hasta la entrada en vigencia la Ley 50 de 1990, y para los empleados oficiales cuando entró en vigor el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, no erró el juez de primera instancia en estudiar el derecho pretendido con base en la primera de las normas señaladas.

En los anteriores términos lo reiteró la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencia CSJ SL1647-2023:

“Para resolver lo anterior, basta con decir que esta Corte ya ha definido, frente a los trabajadores oficiales, que el artículo 8. ° de la Ley 171 de 1961 estuvo vigente hasta el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993. Así se ha pronunciado esta Corporación, entre otras, en sentencia CSJ SL, 21 mar. 2009, rad. 35034, reiterada en CSJ SL4483-2020:

Abordando el tema, y bajo esta órbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores

oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, pero se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios”.

2.1 La edad no es un requisito de causación del derecho, sino de exigibilidad de la prestación.

Frente a la pensión restringida, en particular, sobre su procedencia y estructuración, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta nace a la vida jurídica por el retiro voluntario del trabajador o el despido sin justa causa y el tiempo de servicio exigido en la ley, pues el requisito de la edad es de exigibilidad de la prestación económica, más no de su causación. En sentencia SL2297-2023 señaló que la consolidación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro, conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961.

Y en sentencia SL 8515-2021, precisó:

Aunado, esta Corporación en numerosas oportunidades se ha pronunciado de forma pacífica en el sentido de señalar que para efectos de la causación del derecho a la pensión proporcional de jubilación del artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, es intrascendente que el trabajador estuviera afiliado al Instituto de Seguros Sociales, condición que solo adquiere relevancia para los eventos de compartibilidad, según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese instituto, supuesto diferente al del sub lite, por cuanto la pensión restringida de jubilación se causó a partir del 1.º de septiembre de 1982 cuando el trabajador particular se retiró en forma voluntaria del servicio, pues, se itera, **la edad únicamente constituye un requisito de exigibilidad**, y para tal fecha se encontraba vigente el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año [...] (Negrilla fuera del texto).

Por ende, resulta evidente para la Sala, que el *a quo* acertó al acudir a dicha norma, a efectos de desatar la controversia que se sometió a su consideración, el que resultaba completamente aplicable al actor, por haberse causado su prestación el 28 de febrero de 1993, fecha en que se produjo su desvinculación

y para la cual no se había proferido la Ley 100, pues se recuerda, que ésta se expidió el 23 de diciembre de 1993, reiterándose que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó ni modificó la pensión sanción establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 frente a los trabajadores oficiales, por lo que dicha prestación se conservó hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

2.2. De la terminación del contrato-Justa Causa.

Ahora, en cuanto a la ruptura del vínculo contractual del actor, tenemos que obedeció a la iniciativa del empleador como se establece con la documental allegada a folio 13 *ibíd.*; comunicación dirigida por el representante legal suplente de la cita Álcalis, con fecha 19 de febrero de 1993, indicando que:

“Debido al grave deterioro patrimonial de la Empresa y a la irreparable situación económica que atraviesa, tanto la Junta de Socios, como la Honorable Junta Directiva, se han visto en la obligación de ordenar la liquidación definitiva de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.

En las anteriores circunstancias, nos permitimos comunicarle que damos por terminado su contrato de trabajo el día veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993); sin embargo, la empresa lo exonera de la prestación del servicio a partir de la fecha.”

Se observa claramente en la carta de despido, que la entidad empleadora fundamenta el rompimiento del vínculo contractual en la liquidación definitiva de la entidad, lo que, a pesar de considerarse un modo legal de terminación de los contratos, no constituye una justa causa, pues, tratándose de trabajadores oficiales, que de esta estirpe es el promotor del litigio, esas justas causas para la finalización del vínculo se hallan taxativamente previstas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, en tanto que la clausura o cierre del organismo, es considera uno de los motivos legales, pero no justos de fenecimiento contractual.

Es abundante y reiterada la jurisprudencia laboral, al indicar que una cosa es el denominado despido legal y otra muy diferente, el llamado despido con justa causa, refiriéndose el primero, a las causas legales o modos -que abarca la serie de hechos enumerados por las normas citadas *ut supra* (art. 47 del Decreto 2127 de 1.945), y el segundo a las justas causas -las taxativamente relacionadas en los

artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, sin que pueda entenderse, de ninguna manera, por aquellas, los modos o causas legales.

Por ejemplo, en sentencia CSJ SL3286-2021, la Corte reiteró el criterio que se tiene al respecto:

Ahora bien, ha sido posición reiterada de la Sala, que pese a ser legal la terminación del contrato de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, ello no implica que esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está establecido en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945.

La sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 43897, reiterada en CSJ SL10992-2014, SL5052-2014, CSJ SL9951-2014, CSJ SL1042-2015 y SL13593-2015 señaló:

“Debe la Sala reiterar que, pese a ser legal el despido de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, esa calificación no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el D. 2127/1945, Art. 48, como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»; sin que exista razón que amerite variar este criterio.

Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 43897, reiterada en CSJ SL10992-2014, SL5052-2014 y CSJ SL9951-2014, señaló:

Ciertamente el tema de la supresión de cargos con ocasión de la denominada modernización del Estado, como lo acota la parte replicante, ha sido definido por la Corte en el sentido de considerar que la desvinculación contractual del trabajador puede ser legal pero no constituye justa causa. Así se encuentra dicho:

Sobre esta forma de finalización del vínculo contractual laboral, ya ha tenido oportunidad la Corte de manifestarse al examinar otros casos análogos, para cuya definición ha memorado innumerables pronunciamientos en los cuales ha hecho clara diferenciación entre el despido autorizado legalmente y el despido con justa causa, haciendo ver que no siempre el primero obedece a uno de esos determinados motivos específicos que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan ‘justas causas’, como son, en tratándose del trabajador oficial, las que establecen los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y no otras, porque a los demás modos de terminación del contrato de trabajo no les da la ley esa forma de denominación.

Como en los casos anteriores debe la Sala advertir, según lo que viene de expresarse, que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal, distinto al previsto por una de las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 establece los modos de finalización del vínculo laboral, y para el sub-examine los Decretos 2138 de 1992 y 619 de 1993 permitieron la supresión del cargo y consiguiente desvinculación, únicamente

constituyen justa causa, como ya se expresó, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto 2127, aludidas también en el literal g) del citado artículo 47».

Por manera que, cuando el contrato de trabajo termina por decisión unilateral del empleador, legitimada por ley, pero sin apoyo en una de las justas causas, la terminación del contrato de trabajo deviene en injusto, prueba de este aserto lo constituye el hecho de que la encartada anunció al ex trabajador la indemnización por despido en la carta de finalización del vínculo (fl° 13 archivo 01 ibíd.).

Así, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, norma aplicable al asunto, el actor cumplió dichos requisitos, ya que se encuentra demostrado que el demandante laboró al servicio de la entidad demandada durante 12 años, 3 meses y 20 días, y que la finalización del contrato de trabajo se produjo sin justa causa. De igual manera, se encuentra acreditado que el demandante nació el 7 de marzo de 1960, como da cuenta la cédula de ciudadanía (fl° 3 ibíd.), por lo que, le asiste el derecho al reconocimiento y pago del derecho prestacional, a partir de ese mismo día y mes de 2020, cuando cumplió los 60 años de edad, pues, como se dijo, es solo un presupuesto para entrar a percibir su pago, como lo concluyó el juzgador, resultando imperativo confirmar la sentencia cuestionada en este aspecto.

2.3 Del ingreso base de liquidación.

El otro reparo de la pasiva UGPP, consiste en que para efectos de liquidar la pensión debió tenerse en cuenta lo expresamente cotizado por el empleador, es decir, los factores que se tuvieron en cuenta para los aportes, al tenor de lo previsto por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y demás normas concordantes, que se encontraban vigentes al momento del retiro del demandante.

Frente a ello, hay que indicar que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año de servicios, los cuales se encuentran enlistados expresamente en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad. En sentencia SL123-2020, la Sala Laboral de la CSJ señaló:

Pues bien, la posición puesta de presente por el censor, en puridad de verdad, es contraria a lo que tiene adocctrinado de vetusta esta Sala. Es así como en diversas providencias en las que se ha debatido el mismo tema, ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año y que son los expresamente enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año. Entre otras, en la proferida el pasado 22 de mayo, CSJ SL2160-2019, reiterada en la CSJ SL2983-2019, se explicó:

Tampoco puede afirmarse que existe yerro alguno en dicho proceder, pues de conformidad con el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión sanción reconocida al demandante, se causó el 1 de junio de 1992, el salario de liquidación de esta, debe determinarse con relación al que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual, dispone en su artículo 1, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el canon 1 de la Ley 62 de 1985, esto es: la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (CSJ SL 2748-2018).

Aunado a lo anterior, es menester precisar que el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es una norma rígidamente taxativa (numerus clausus) por lo tanto de interpretación restrictiva, y siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, no se abre paso la propuesta del recurrente de estimar otros factores salariales, pues, a las claras, dicho planteamiento va más allá de la voluntad del legislador, quien determinó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. De manera que si el legislador hubiese querido que estuviesen más factores salariales así lo hubiere plasmado en la ley; no hay que soslayar que «cuando el legislador lo quiere lo dice, si no lo quiere calla».

Por manera, que, en el IBL de la pensión restringida de jubilación causada a favor del demandante, debían tenerse en cuenta para el efecto, los siguientes factores salariales: *«la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, las horas extras, la bonificación por servicios prestados, y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio».*

Así, tenemos que el fallador de instancia acudió a la certificación emitida por Álcalis de Colombia del periodo 9 de febrero de 1992 al 8 de febrero de 1993 (fl° 21 archivo 03, sub archivo 3, digital), pero incurrió en el error de adoptar el valor de \$222.987,07, pues esa cifra corresponde al valor de las vacaciones reconocidas por dicha entidad para ese lapso, sin que en el expediente se encuentre otra documental idónea para determinar, no solo, los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios, sino que también individualice e identifique plenamente los conceptos devengados mes

a mes en el último año de servicios, por lo que, de la aludida documental, el único valor que se puede utilizar es el salario básico mensual (\$199.592), pues los restantes conceptos no encajan en el listado de factores previstos para liquidar esta prestación.

Ese último salario que al ser actualizado, conforme a la fórmula de indexación acogida por la CSJ; se multiplica por el índice final (cumplimiento del requisito de la edad) y se divide por índice inicial (fecha de terminación de la relación laboral); como en el caso de autos se trata de una pensión sanción, al calcular el tiempo efectivo laborado por el actor (12 años, 3 meses y 20 días) se tiene que el monto de pensión inicial equivale al 46,1% del ingreso base de liquidación, obteniendo el valor de la mesada pensional inicial, así:

$$VA = VH (\$199.592) \times \frac{IPC \text{ Final } (103.80)}{IPC \text{ Inicial } (12,14)} \quad VA = \$1.706.560,92$$

$$\$1.706.560,92 \times 46,1\% = \$786.724,58 \text{ valor inicial de la pensión.}$$

De ahí, que la mesada pensional inicial en principio sería de **\$786.724,58** no de \$907.318, como se fijó por el *a quo*. Pero, como la suma obtenida por la Sala resulta inferior al salario mínimo de 2020, fecha de la exigibilidad, se deberá ajustar a ese valor, que corresponde a **\$877.803**. Por tanto, se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada para condenar a la UGPP, a reconocer la pensión restringida de jubilación al demandante en la cuantía inicial antes referida.

4. De la mesada adicional.

Ahora, como la prestación reconocida se trata de una pensión restringida de jubilación bajo los postulados de la Ley 171 de 1961, teniendo en cuenta que el derecho pensional del demandante se causó desde el mismo momento de la terminación unilateral del contrato el 28 de febrero de 1993, luego, no hay lugar a aplicar lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto suprimió la mesada pensional de junio, por lo que acertó el sentenciador de primera instancia al reconocer la prestación con todos los beneficios que para el momento en que adquirió el derecho estaban vigentes, entre ellos, la mesada 14

(CSJ SL SL2054-2019 y SL2074-2020)

5. De la indexación de mesadas.

El *a quo* despachó desfavorablemente los intereses moratorios, porque en su criterio, la pensión sanción no hace parte de las prestaciones de la Ley 100 de 1993, que son las que el artículo 141 permite su imposición; no obstante, tal criterio jurisprudencial fue abandonado mediante la sentencia CSJ SL1681-2020; así que, en principio, como el demandante solicitó de manera principal los intereses, debió accederse a esa condena, lo cual favorecería a dicha parte, pero, como no apeló ese punto de la decisión, se mantendrá el reconocimiento de la indexación de las mesadas causadas, pues mediante esa figura, la cual puede concederse de manera oficiosa por el juez (CSJ SL359-2021) se compensa la pérdida del poder adquisitivo por cuenta del fenómeno inflacionario, que afecta los créditos dinerarios, en este caso, representados en mesadas, que se reconocen en tiempo posterior a la fecha de su verdadero e inicial pago.

6. De la prescripción.

En lo que tiene que ver con esta excepción propuesta por la demandada FPSF – sucedida procesalmente por la UGPP- cabe señalar que el derecho se hizo exigible el 7 de marzo de 2020, fecha en la que el demandante cumplió los 60 años de edad; la solicitud pensional fue efectuada el 30 de mayo de 2018 (fl° 7 archivo 01 digital); la demanda fue presentada el 5 de marzo de 2019 (fl° 106 ibíd.) y notificada a la entidad demandada el 5 de septiembre de 2019 (fl° 110 ibídem), es decir, unos pasos previos a la exigibilidad, por ende, es claro que el término trienal previsto en el artículo 151 del CPTSS, no tuvo eficacia, máxime que como lo tiene previsto la jurisprudencia laboral, es viable reconocer ese hecho sobreviniente que afecta el derecho en el curso de las instancias (CSJ SL1815-2023), como aquí ocurrió, que en plena actuación ante el juzgado, el actor cumplió la edad para acceder a la prestación. En consecuencia, dicha excepción no se encuentra probada, tal como lo señaló el *a quo*.

7. De los aportes a seguridad social en salud y compartibilidad.

Igualmente, se debe recordar que del retroactivo pensional la demandada deberá hacer la deducción de los aportes al sistema de seguridad social en salud, los cuales operan por ministerio de la ley conforme lo tiene previsto el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y, por tal razón, como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es necesario que medie una autorización judicial para el efecto (SL4698-2020), pues ello opera por ministerio de la ley; no obstante, para mayor claridad se adicionara la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Así mismo, conviene precisar que, aunque en el asunto se acreditó que el empleador Ácalis de Colombia afilió y efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones por cuenta de la vinculación laboral con el actor (archivo 06 digital), eso no implica que la pensión prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, haya quedado sustituida por la de vejez que le corresponde asumir al sistema de seguridad social, tanto así que el legislador previó una regulación propia y supuestos disímiles para la consolidación del derecho de cada una. Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL815-2021, se indicó:

Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007 radicado 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733 respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto a que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador. En esa oportunidad la Corte puntualizó:

[...] debe advertirse desde ya que la razón está de lado del impugnante. Para el efecto, considera la Corte suficiente traer a colación el pronunciamiento vertido en la sentencia de casación del 12 de febrero de 2007, radicación 28733, en los siguientes términos:

“Con las anteriores precisiones, puntualiza la Corte que desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1° del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación.

Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de

servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute–, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo.

En ese orden, bajo la égida del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, los trabajadores que sean despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiren voluntariamente después de 15 y menos de 20, continuos o discontinuos, como en el caso bajo estudio, tienen derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial exigible a partir del momento en que cumplan la edad señalada en dicha normativa, por no ser tal presupuesto un requisito de estructuración sino de mera exigibilidad del derecho como lo ha sostenido esta Corporación (SL9773-2017).

Asimismo, resulta pertinente precisar que la circunstancia de que el promotor del proceso contara con menos de diez (10) años de servicios a la empresa demandada antes de que el Instituto de Seguros Sociales tuviera cobertura en el departamento de Boyacá, no le cercena el derecho a la prestación pensional deprecada a cargo de la sociedad demandada, a la luz de lo estatuido en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, tal y como lo tiene dicho la jurisprudencia de esta Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL 19 nov. 2013, rad. 38786 y SL21784-2017.

De manera que, el hecho de esa afiliación y cotizaciones solo tienen por virtud la compartibilidad, esto es, que en caso de que Colpensiones llegare a reconocer una pensión de vejez al actor, el aquí demandado apenas continuará pagando a su extrabajador el mayor valor entre la pensión restringida de jubilación y la de vejez, si lo hubiere. Lo dicho se traduce en que la prestación no pierde el carácter de vitalicia, pues siempre la percibirá el pensionado, solo que, de darse la compartibilidad por el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la administradora del RPMPD, el empleador continuará en su pago únicamente en el mayor valor, como ya se dijo, si lo hubiere, por lo tanto, acertó en ese punto el juzgador de primer grado.

8. Legitimación en la causa por pasiva otras entidades

Con respecto a la convocatoria de la Nación Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Fiducoldex, efectivamente, conviene hacer la siguiente reseña:

El Decreto 805 de 2000, modificado por los Decretos 1578 de 2001 y 2601 de 2009, la Nación asumió el pasivo pensional respecto de los antiguos servidores de Álcalis de Colombia Limitada; así mismo el artículo 2 del citado Decreto 2601 de 2009, que modificó el artículo 3 del Decreto 805 de 2000, previó que UGPP tendría a su cargo el reconocimiento de las pensiones y la administración de la

nómina de pensionados de los antiguos servidores de Álcalis de Colombia Ltda. en Liquidación. De igual forma, el artículo 3 del Decreto 2601 de 2009, dispuso que hasta tanto la UGPP asumiera tal obligación, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocería las pensiones o las cuotas partes pensionales que estaban a cargo de Álcalis de Colombia en Liquidación.

De otra parte, el Decreto 1623 de 2020 introdujo unas modificaciones al Capítulo 10 del Título 10 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016 en relación con las reglas para la asunción de la función pensional de la liquidada ÁLCALIS de Colombia Ltda. por parte de la UGPP y el pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, en donde se puede establecer las funciones actualizadas del ente que reconoce las prestaciones, quien elabora los cálculos actuariales y quien pone los recursos para la financiación.

Se previó lo siguiente:

ARTÍCULO 1. *Modificación del artículo . del Decreto 1833 de 2016.* *Modifíquese el artículo 2.2.10.10.3. del Decreto 1833 de 2016 que compila las normas del Sistema General de Pensiones, el cual quedará así:*

"ARTÍCULO 2.2.10.10.3. *Entidad encargada del reconocimiento pensional y administración de la nómina de pensionados.* *Mientras la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asume el reconocimiento de las pensiones y la administración de la nómina de pensionados de la liquidada Álcalis de Colombia, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo de Álcalis de Colombia en Liquidación así como las cuotas partes pensionales que correspondan y adelantará las labores de revisión y revocatoria de pensiones, cuando a ello hubiere lugar, para lo cual se subrogará en la administración del contrato Fiduciario celebrado por Álcalis de Colombia en Liquidación para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de la nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor.*

De la misma manera, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia pagará los honorarios de las Juntas de Calificación de Invalidez originados en el reconocimiento o revisión de las pensiones de invalidez para lo cual deberá prever que se le transfieran unos recursos por parte de la entidad en liquidación o del Instituto de Fomento Industrial (IFI) en Liquidación. Reconocerá también los auxilios funerarios incluidos en los cálculos actuariales inicial y complementario; los cuales serán pagados por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP). Igualmente, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia deberá realizar los registros contables correspondientes al pasivo pensional a cargo de la Nación.

PARÁGRAFO 1. *A más tardar el 30 de diciembre de 2020 la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, asumirá la función pensional y la administración de la nómina de los pensionados de la liquidada Ácalis de Colombia Ltda. De igual forma, a partir de la precitada fecha la Unidad ejercerá las competencias requeridas para la administración del beneficio convencional de Auxilio de Escolaridad y la mesada quince (15) a favor de los pensionados de la liquidada Ácalis de Colombia Ltda. Para el efecto, en la fecha indicada la UGPP deberá contar con toda la información respectiva y en el mes siguiente, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP iniciará la actividad de pago de la nómina.*

Así mismo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo hará entrega al administrador del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, con antelación a la fecha en que se autorice el traslado por parte del Consejo Asesor del FOPEP y una vez se hubiere impartido la aprobación por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público del respectivo cálculo actuarial de pasivos pensionales de un archivo plano con todos los datos necesarios donde se encuentre la nómina de pensionados, de lo cual quedará constancia en el acta de entrega debidamente firmada por las entidades. De ser necesario, la información será actualizada a la fecha en la cual se inicien los pagos por parte del Fondo.

PARÁGRAFO 2. *Sin perjuicio de la competencia arriba señalada, quedará a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la administración y pago de las mesadas pensionales de aquellas personas cuyo cálculo actuarial haya sido rechazado por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP por incompatibilidad pensional o por diferencias en el valor de la mesada.*

En estos eventos le corresponderá al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo llevar a cabo las acciones que permitan corregir la inconsistencia que dio lugar al rechazo por parte del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, para el traslado de la función pensional.

Las mesadas y las obligaciones pensionales que no figuren en el cálculo actuarial inicial ni en el complementario después de finiquitada la liquidación de la Entidad, serán atendidas a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, siempre que no hayan sido rechazadas por este Fondo.

El valor de dicho cálculo será cubierto con los recursos que para el efecto destine el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo."

(Subrayado de la Sala)

Lo anterior sin desconocer que previamente, el parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 2601 de 2009, estableció que le correspondía a la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, girar los recursos necesarios para materializar el cálculo actuarial respectivo; lo que significa que, en materia de responsabilidades, el cálculo actuarial para el reconocimiento pensional lo hace el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la

aprobación le corresponde a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los recursos los debe girar la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien luego los transfirió al FOPEP, y por último, la fiduciaria solo tenía la obligación de administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de la nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor, y el reconocimiento final, a cargo de la UGPP.

Aunque bien podía convocarse a todas estas entidades, se trata de un procedimiento administrativo de elaboración, aprobación y traslado de recursos, que no puede afectar el reconocimiento pensional en cabeza de la UGPP, que como lo dispuso el citado Decreto 1623 de 2020, pasó a asumir las obligaciones del FPSF; de tal suerte, que esas cargas no pueden estar a cargo del beneficiario de la prestación, así no se haya dicho en la sentencia, porque se insiste, ello no es necesario, y en cualquier caso, el artículo 139 de la Ley 1753 de 2015, impuso en las entidades responsables de los reconocimientos pensionales y de elaboración de cálculos actuariales, hacer las gestiones necesarias ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para proceder a la aprobación respectiva y posterior pago de las acreencias.

9. Costas

En cuanto a la inconformidad de los recurrentes por la condena en costas, se tiene que el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, prevé:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
- 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
- 6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
- 7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
- 9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

Con fundamento en dicha previsión normativa, y con respecto a la condena en costas que se le impuso al actor, ciertamente, tiene toda la razón, porque, aunque el *a quo* absolvió del reconocimiento pensional a la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y a Fiducoldex, lo cierto es, como se dijo en líneas anteriores, ellas tienen unas responsabilidades de tipo administrativo, y el demandante estaba habilitado desde el inicio para solicitar su vinculación, sin que el hecho de que al final no se les hubiera impuesto expresamente el tipo de gestiones que deben cumplir, no implica que el demandante haya resultado vencido con respecto a esos organismos, porque se repite, por ministerio de la ley, deben asumir unas cargas y gestiones precisas, a efectos de contribuir en la materialización del derecho pensional. En ese orden de ideas, se revocará parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia que condenó al demandante por las costas en favor de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y Fiducoldex, para en su lugar, absolverlo de dicha condena.

Sobre el cuestionamiento de la UGPP, por habersele condenado a las costas, ostentando únicamente la calidad de sucesora procesal del FPSF, debe indicarse que, acorde con lo previsto en los artículos 68 y 70 del CGP, con la aplicación de esa figura ante la extinción, fusión o escisión de la persona jurídica inicialmente demandada, la nueva le corresponde asumir su posición, y como tal, el proceso en el estado en el que se halle en el momento de la intervención, esto es, que el organismo sucesor asume la calidad de parte con las consecuencias que ello implica, incluido, que ante la controversia u oposición suscitada por la antigua entidad, y si ésta fue vencida dado el resultado adverso de su defensa, la nueva tenga que responsabilizarse por dicha conducta, máxime que la norma procesal no hace diferenciación alguna a la hora de la imposición de las costas. En tal sentido, esta condena se mantendrá.

Dado el resultado de los recursos interpuestos y por el grado jurisdiccional, no se impondrán costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia del 29 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, para condenar a la UGPP, a reconocer la pensión restringida de jubilación al demandante en la cuantía inicial de **\$877.803**.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido que la UGPP se encuentra autorizada para descontar del retroactivo generado las sumas que cubren los aportes a la seguridad social en salud.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, que condenó en costas al demandante, para en lugar, absolverlo.

CUARTO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de este proveído.

QUINTO.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.



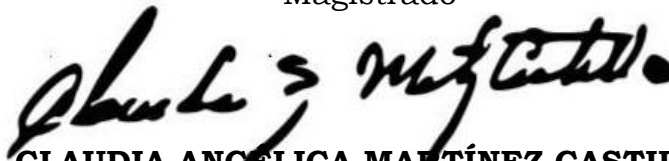
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105012 2021 00193 01
Demandante: Ramón Rodríguez Montaña
Demandado: Positiva Compañía de Seguros SA

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

RAMÓN RODRÍGUEZ MONTAÑO, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Positiva Compañía de Seguros SA, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional, a partir del 16 de octubre de 2019, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas causadas, la indexación de las sumas adeudadas y cualquier condena de conformidad con las facultades extra y ultra petita, más las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que: i) el 25 de febrero de 2019, radicó petición ante Positiva Compañía de Seguros SA, a efectos de obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral; ii) el 23 de

mayo de esa anualidad, la entidad le respondió que para el efecto era necesaria la práctica de varios exámenes médicos especializados, lo cual se realizó, por ende, los documentos fueron radicados nuevamente el 26 de agosto de 2019; iii) el 14 de noviembre de ese año, el organismo generó el respectivo dictamen con un porcentaje del 61.02%, iv) el 31 de diciembre de 2019; solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, y la aseguradora respondió el 18 de febrero de 2020, negando el derecho, porque en su criterio existía incompatibilidad entre esta prestación y la pensión de vejez que éste venía percibiendo, con fundamento en lo previsto en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; v) el 24 de febrero de 2020, el interesado presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, de lo cual obtuvo respuesta negativa, el 3 de abril de esa anualidad.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 26 de abril de 2021 (archivo 02 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante auto del 10 de junio de 2021, la inadmitió por haberse incumplido el requisito de la constancia del trámite remisorio del libelo a la dirección electrónica del demandado, conforme a las exigencias del D. 806 de 2020 (archivo 03 ibíd.). Una vez corregida esa falencia, se admitió la acción con proveído del 25 de junio de 2021 (archivo 05 ibíd.).

El juzgador, a través de auto del 7 de julio de 2022 (archivo 12 ibíd.) dio por notificada a la demandada por conducta concluyente. Así, la pasiva se pronunció oponiéndose a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la petición sobre la calificación, la solicitud de documentos adicionales, la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral con el porcentaje respectivo y el origen profesional, la negativa al reconocimiento del derecho pensional, la presentación de los recursos y la respuesta final a éstos. En su defensa, explicó que existía una prohibición legal para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional, que consistía en que el actor era beneficiario de una pensión de vejez de origen común, y en ese orden, las dos prestaciones resultaban incompatibles, porque, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así lo preveía, por ende, lo único procedente era la indemnización permanente parcial prevista en los artículos 5 y 6 de la

Ley 776 de 2002, por un valor de \$15.476.405, con ocasión al siniestro ocurrido el 23 de julio de 2015. Propuso las excepciones de: incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión de vejez; ausencia de responsabilidad de Positiva Compañía de Seguros SA como aseguradora de riesgos laborales conforme al contrato de seguro y su previsionalidad; falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de los intereses de mora; inexistencia de la obligación; falta de causa para pedir; cobro de lo no debido; prescripción; pago parcial; buena fe y la genérica o innominada (archivo 07 ibíd.).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 30 de enero de 2023, dispuso (archivos 23 y 24 ibíd.):

PRIMERO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA., a reconocer y pagar al señor RAMÓN RODRÍGUEZ MONTAÑO identificado con C.C. 11.333.052 la pensión de invalidez de origen laboral a partir del 16 de diciembre de 2019, en cuantía de \$828.116 por 13 mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante, los intereses moratorios de que trata el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, a partir del 1° de marzo de 2020, interés igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios hasta que se efectúe el pago de la pensión objeto de condena.

TERCERO: AUTORIZAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA para que del retroactivo que se genere, descuente la suma de \$15.476.405, que le reconoció al actor por concepto de incapacidad permanente parcial, en caso que el actor la haya cobrado.

CUARTO: DECLARAR no probados las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS de esta instancia a cargo de POSITIVA e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Para arribar a la conclusión anterior, sostuvo que no era objeto de discusión la calidad de pensionado por vejez de alto riesgo por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- en la Resolución VPB 23945 del 2 de junio de 2016, en cuantía inicial de \$733.689, a partir del 1° de junio de esa anualidad; tampoco el dictamen de PCL emitido por la demandada el 14 de noviembre de 2019, mediante el cual estableció que el señor Ramón Rodríguez Montaña tenía un 61.02% de PCL, estructurada el 16 de octubre de 2019 de

origen profesional; y el reporte de incapacidades temporales liquidadas por la aseguradora, con un último período generado entre el 16 de noviembre y el 15 de diciembre de 2019.

Con tales supuestos, concluyó que el actor era beneficiario de la pensión de invalidez de origen profesional reclamada a la pasiva, pues, contrario a lo alegado por ésta en la contestación, no había incompatibilidad entre dicha prestación y la de vejez de origen común concedida por la administradora del RPMPD, dado que, la jurisprudencia laboral así lo había determinado, entre otras, en la sentencia SL3869-2021, en donde la alta Corporación del trabajo había precisado que las pensiones de invalidez de origen profesional y de vejez son compatibles en la medida que amparan contingencias diferentes, poseen fuentes de financiación distintas, y cotizaciones y reglamentación diversas; además de indicar que el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no aplica para las pensiones del sistema general de riesgos laborales, lo que en modo alguno significa que una persona inválida no pueda trabajar y realice aportes con la pretensión de reemplazar su prestación por una de vejez que le brinde mejor bienestar y más calidad de vida, y por eso, tenía cabida el numeral 3° del artículo 2 de la Ley 1562 de 2012, que consagra la afiliación obligatoria al sistema de riesgos laborales, entre otros, para los jubilados o pensionados que se vinculen como trabajadores dependientes mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, pues esa es la forma de reconocer las capacidades productivas de las personas mayores y se obliga a protegerlas frente a los riesgos del trabajo que puedan afectarlas o anularlas.

Luego de dichos argumentos de autoridad, adujo que se debía ordenar el reconocimiento de la prestación pensional, a partir del 16 de diciembre de 2019, a partir del día siguiente en que el demandante disfrutó de la última incapacidad temporal, en la suma del salario mínimo legal vigente para esa anualidad, porque al tomar el promedio salarial del último año y un monto del 60%, acorde con el equivalente de la PCL, arrojaba una cifra inferior al mínimo, por ende, se debía equilibrar el valor al límite legal, por trece (13) mesadas al año, en virtud de lo dispuesto en el A.L 01 de 2005.

La juzgadora impuso condena a la pasiva por los intereses moratorios previstos en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, porque la entidad se

negó a reconocer la prestación con un argumento que la jurisprudencia laboral ya había definido con anterioridad, por tal razón, impuso dichos emolumentos, a partir del 1° de marzo de 2020, esto es, dos meses después de la radicación de la solicitud de la pensión, que data del 31 de diciembre de 2019 y hasta que se efectúe el pago de la prestación objeto de condena.

Igualmente, autorizó a la demandada para que del retroactivo generado descuenta la suma que le fue reconocida al actor por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial, pero solo en el evento en que el demandante la hubiere cobrado.

Con respecto a la excepción de prescripción, sostuvo que no estaba llamada a prosperar, toda vez, que el dictamen de PCL fue del 14 de noviembre de 2019, la solicitud pensional se elevó el 31 de diciembre del mismo año, y la demanda se presentó el 26 de abril de 2021, por ende, adujo que el término trienal laboral no había transcurrido.

5. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandada la impugnó. Indicó, que no estaba de acuerdo con el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional, porque, para ella, los argumentos vertidos en la contestación son los correctos, en cuanto a la incompatibilidad de dicha prestación y la de vejez reconocida al actor por Colpensiones tal como lo prevé el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Existe prohibición legal de que un afiliado reciba en forma simultánea dos prestaciones pensionales que cubren un mismo riesgo, inclusive si una es de origen profesional y otra común.

Añadió, que conforme con, el párrafo 1° del artículo 10 de la Ley 776 de 2002 se estableció la prohibición de cobrar simultáneamente pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados del mismo evento. A su vez, el artículo 15 de la norma en cita estableció, además, que cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales, le es reconocida una pensión de invalidez o de sobrevivientes como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, de forma adicional habrá lugar a reconocerle la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, si se

encuentra afiliado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; de tal suerte que, dentro de este sistema se entendió que las pensiones del SGP y del SGRL eran incompatibles, siendo la única prestación posible a conceder la indemnización sustitutiva, reconocimiento que implica per se, que el asegurado no tiene derecho a una pensión del Régimen de Prima Media.

Precisó, que la Corte Suprema de Justicia avala la prohibición contenida en el párrafo 1° del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, pues dicha norma está encaminada a evitar que por el mismo evento (accidente de trabajo o enfermedad profesional) se otorguen dos prestaciones de los dos sistemas generales (Pensiones y Riesgos Laborales), no sucediendo lo mismo cuando el origen de la invalidez tienen causas diferentes en el Sistema General de Pensiones y en el de Riesgos Laborales, lo cual las hace compatibles.

Sostuvo, que mediante sentencia del 26 de mayo de 2012 con radicación No. 38614 reiterada mediante sentencia del 24 de julio del mismo año con radicación 37892 y recientemente en la sentencia SL459 del 03 de febrero de 2021 con radicación No. 83673, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia adoptó la postura de que los afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social que pierden su capacidad laboral por encima del 50% deben considerarse personas en estado de invalidez, sin importar su causa ni origen; de ahí que, en aras de la generación de una pensión por invalidez, se deba realizar una calificación integral, esto es, que se incorpore padecimientos comunes y profesionales; que la misma Corporación ha señalado que una persona que ostenta la calidad de beneficiaria no puede recibir dos asignaciones análogas derivadas de un mismo hecho, como lo explicó en la sentencia CSJ SL5092-2020 reiterada en CSJ SL1632-2021.

Por último, indicó que no está de acuerdo con la condena por los intereses moratorios, porque la negativa de la entidad obedeció a la aplicación estricta del ordenamiento jurídico, lo que hace inviable dicha imposición.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, las partes radicaron los memoriales pertinentes; el demandante defendió el reconocimiento pensional, mientras que la demandada enfatizó en los argumentos de la impugnación.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo los motivos expresos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar, si existe incompatibilidad entre la pensión de vejez del RPMPD reconocida al demandante y la prestación de invalidez de origen profesional que éste reclama a la pasiva; dilucidado ese aspecto en forma positiva para el accionante, se deberá establecer si hay lugar o no a los intereses moratorios, que en criterio del organismo, no proceden cuando la negativa obedece al apego estricto al ordenamiento jurídico.

II. CONSIDERACIONES

Dados los expresos cuestionamientos de Positiva Compañía de Seguros, se encuentra fuera de discusión que: a través de Resolución VPB 23945 del 2 de junio de 2016, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES– le reconoció al señor Ramón Rodríguez Montaña, la pensión especial de vejez de alto riesgo prevista en el Decreto 2090 de 2003, a partir del 1° de junio de 2016, en cuantía inicial de \$733.689; que el 14 de noviembre de 2019 fue calificado por la demandada con una PCL equivalente al 61.02%, y fecha de estructuración de la invalidez, el 16 de octubre de esa anualidad, por cuenta de las diversas afecciones pulmonares y del oído que sufrió mientras ejerció como minero, acorde con la sustentación del aludido dictamen; tampoco se cuestionó que el actor tuvo varias incapacidades temporales, la última entre el 16 de noviembre y el 15 de diciembre de 2019, cuyo valor monetario fue cobrado por el trabajador; que el 31 de diciembre de 2019 el señor Rodríguez Montaña reclamó a la entidad el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen profesional, con respuesta negativa por incompatibilidad del 18 de febrero de 2020, ratificada el 3 de abril de esa anualidad.

Como se advirtió en el problema jurídico, para el *a quo* existe compatibilidad la pensión de invalidez de origen profesional con la de vejez a cargo de Colpensiones, mientras que para la pasiva, pese a que el actor cumple con los

requisitos para acceder a la primera prestación con fundamento en la Ley 776 de 2002, no es viable su reconocimiento porque resulta incompatible con la pensión por vejez del RPMPD, dado que, en su criterio y con base en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el parágrafo 1° del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, no es procedente cobrar simultáneamente pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento, argumento éste que para la Sala no resulta acertado.

Lo anterior, en atención a que desde la sentencia CSJ SL, 1.° dic. 2009, rad. 33558, reiterada en CSJ SL153-2014, CSJ SL9282-2014, CSJ SL10250-2014, CSJ SL17433-2014, CSJ SL17447-2014, CSJ SL 2096-2015, CSJ SL12155 de 2015, CSJ SL18072-2016, CSJ SL1764-2018, CSJ SL1244-2019, entre otras, esta Corporación enseñó que las pensiones de invalidez de origen laboral y de jubilación o vejez son compatibles, puesto que cubren riesgos distintos, tienen fuentes de financiación autónomas y una reglamentación distinta.

Así, en la sentencia CSJ SL3869-2021, contra la misma demandada y con supuestos similares al que ahora se discute, y que la juzgadora de primera instancia adoptó como báculo para impulsar la decisión, la alta Corporación del trabajo, respondió a idénticos cuestionamientos que la entidad hizo desde la contestación de la demanda y que en la apelación insistió para rescatar la tesis de la incompatibilidad de dichas prestaciones que, como se transcribirá en extenso, la Sala Laboral de la CSJ dejó claro la equivocación de los planteamientos del organismo, incluso, precisando cuál es el verdadero entendimiento de las normas a las que acudió la pasiva para sustentar esa supuesta prohibición, que en el fondo, no existe. Dijo allí:

Le corresponde a la Corte dilucidar si la pensión de invalidez de origen profesional que le fue reconocida al demandante en 1975, es compatible con la pensión de vejez que le reconoció el ISS a partir del año 2001.

Desde la sentencia CSJ SL, 1.° dic. 2009, rad. 33558, reiterada en CSJ SL153-2014, CSJ SL9282-2014, CSJ SL10250-2014, CSJ SL17433-2014, CSJ SL17447-2014, CSJ SL 2096-2015, CSJ SL12155 de 2015, CSJ SL18072-2016, CSJ SL1764-2018, CSJ SL1244-2019, entre otras, esta Sala es del criterio que las pensiones de invalidez de origen laboral y de jubilación o vejez son compatibles, puesto que cubren riesgos distintos, tienen fuentes de financiación autónomas y una reglamentación distinta.

En esta oportunidad, la Corte sostiene ese mismo pensamiento. Más allá de si las pensiones tienen o no una regulación especializada, pues a la larga las diferentes pensiones del sistema de seguridad social tienen su propia estructura normativa,

considera la Sala que el hecho de que las pensiones cubran riesgos o contingencias distintas y tengan una fuente de recaudo y de financiación autónoma, son factores relevantes a la hora de determinar la compatibilidad pensional.

En el caso de las pensiones de invalidez de origen laboral y de vejez es claro que tienen fuentes de financiación independientes, también es diáfano que protegen contingencias bien distintas.

En efecto, la pensión de invalidez de origen laboral cubre el riesgo derivado del trabajo, cuando una persona en razón de las condiciones o el ambiente en el que labora o por circunstancias relacionadas con este, sufre una enfermedad o enfrenta un accidente de trabajo que afecta su desempeño en determinado oficio. Por tanto, es una cobertura propia del trabajo, para cuyo aseguramiento los empleadores, mediante la afiliación y el pago de una prima o cotización, trasladan el riesgo al sistema, a fin de que este otorgue las prestaciones asistenciales y económicas previstas en la legislación.

La pensión de vejez es el reconocimiento que el sistema previsional hace a una persona que prestó su fuerza laboral durante muchos años y que tiene como finalidad garantizar la seguridad económica del trabajador, sustituyendo sus ingresos laborales por una prestación a cargo del sistema. La Corte Constitucional la ha definido como «un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, por lo que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años es debido al trabajador» (C-546-1992).

Como se puede observar, se trata de contingencias muy diferentes. Ahora bien, para establecer si determinadas prestaciones protegen o no riesgos distintos, es inapropiado acudir a patrones abstractos y etéreos como el hecho de ser titular de un beneficio o asistencia del sistema de seguridad social o estar amparado previamente frente a una situación de precariedad o inseguridad económica. Si así fuera, serían incompatibles las pensiones de sobrevivientes y la de vejez que logren construir con su trabajo las parejas de los afiliados o pensionados fallecidos.

Así mismo, estas aproximaciones tan genéricas desatienden que el sistema de seguridad social está estructurado por segmentos que brindan coberturas a diferentes necesidades y ciclos en la vida del ser humano (p.e. en el trabajo o como persona en inactividad laboral, en el bienestar, la salud, la familia), y pasan por alto que las pensiones son un derecho social construido con el esfuerzo y el trabajo de las personas para protegerse a sí mismas y a sus familias, de manera que no pueden concebirse como dádivas, asistencias o auxilios del Estado.

Tampoco es plausible acudir a criterios como la pérdida o disminución de la capacidad laboral, para afirmar que tanto la vejez como la invalidez implican un deterioro de las capacidades productivas y, por tanto, las pensiones otorgadas recaen sobre el mismo riesgo. Tal abordaje cae en el prejuicio según el cual los afiliados en edad pensional perdieron su capacidad laboral o son inválidos, lo cual reproduce prácticas discriminatorias hacia las personas mayores y banaliza los importantes aportes que hacen al mundo laboral y al crecimiento económico con base en su experiencia, madurez y conocimiento acumulado por largos años de vida.

Por tanto, es desafortunado el argumento de la entidad de seguridad social recurrente, cuando afirma que tanto la pensión de vejez como la de invalidez cubren el mismo riesgo: la imposibilidad de trabajar.

En cuanto a que el artículo 13, literal j) de la Ley 100 de 1993 prohíbe devengar simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, precisa la Sala que dicha regla tiene aplicabilidad en el marco del sistema general de pensiones. Nótese que el artículo que incorpora ese enunciado define las características del sistema general de pensiones, de manera que lo que allí se prohíbe es que una persona devengue al mismo tiempo una pensión de invalidez de origen común y una de vejez, lo que en modo alguno significa que una persona inválida no puede trabajar, como lo afirma Positiva S.A. en su recurso. Nada impide que un pensionado por invalidez de origen común se reincorpore al mundo laboral y realice aportes con la pretensión de reemplazar su prestación por una de vejez que le brinde mejor bienestar y más calidad de vida.

Por otro lado, no es razonable entender que la regla del artículo 13, literal j) de la Ley 100 de 1993 es omnicomprendensiva de las pensiones de invalidez de origen común y laboral, puesto que, a diferencia de la primera, la segunda cuenta con una fuente de financiación autónoma, derivada de un esquema típico de seguros, en el cual el tomador -empleador- paga una prima o cotización a una aseguradora -ARL hoy ARP-, la cual debe responder por las prestaciones asistenciales y económicas en caso de verificarse un siniestro -accidente o enfermedad laboral-. Lo anterior descarta cualquier afectación a la sostenibilidad financiera del sistema.

Ni siquiera al amparo de normas más recientes del sistema general de riesgos laborales, tales como las leyes 776 de 2002 o la 1562 de 2012, es factible predicar tal incompatibilidad. En efecto, el parágrafo 2.º del artículo 10.º de la Ley 776 de 2002, habilita la compatibilidad de pensiones del régimen común y profesional, salvo que tengan origen «en el mismo evento». Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando un afiliado pretende reutilizar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% acaecida durante un accidente de trabajo para obtener una pensión de invalidez laboral y otra de origen común. Nótese que en el ejemplo un mismo evento se estaría usando para extraer dos pensiones a cargo del sistema previsional.

A su vez, el numeral 3.º del artículo 2.º de la Ley 1562 de 2012, ordena la afiliación obligatoria al sistema de riesgos laborales de «los jubilados o pensionados, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos», precepto que además de reconocer las capacidades productivas de las personas mayores, obliga a protegerlas frente a los riesgos del trabajo que puedan afectarlas o anularlas.

Asimismo, un pensionado por invalidez de origen laboral puede reincorporarse al mundo laboral para explotar sus destrezas, habilidades y conocimientos en oficios y actividades técnicas, profesionales o artísticas. De hecho, personas declaradas inválidas lo hacen exitosamente. Por ello, no debería existir objeción en que los pensionados puedan, a pesar de su invalidez, seguir cotizando al sistema general de pensiones para construir una pensión de vejez, producto de las actividades y oficios en los cuales construyeron su identidad y reafirmaron sus capacidades individuales y laborales en beneficio de la comunidad y la economía.

En este orden de ideas, el artículo 15 de la Ley 776 de 2002, según el cual cuando un afiliado se invalide como consecuencia de un infortunio laboral, «además de la pensión de invalidez... se [le] entregará» la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, debe interpretarse como una opción de los pensionados y no como una imposición. Entre otras cosas, porque de entenderse como una imposición, ello supondría una violación al derecho al trabajo y a la seguridad social inclusiva de estas personas, la mayoría de las cuales tienen discapacidades y por ello tienen garantizados sus derechos en instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adicionalmente, porque la propia Ley

776 de 2002 en su artículo 10.º, parágrafo 2.º, admite la compatibilidad de pensiones de los sistemas común y profesional originadas en un evento distinto, de manera que no tendría sentido que luego en su artículo 15 prohibiera esa acumulación prestacional.

Por las anteriores razones, considera la Corte que la decisión del Tribunal fue acertada, pues las pensiones de vejez e invalidez de origen laboral son perfectamente compatibles. En consecuencia, los cargos son infundados.

Como lo explicó la Corte, la prohibición a la que alude el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como una de las características del sistema general de pensiones, es que una persona pueda percibir dos prestaciones derivadas de una misma fuente, como ocurre con la de invalidez de origen común y la de vejez, pero nada impide que la persona con alguna de esas contingencias configurada pueda vincularse al sector productivo y generar nuevos recursos que garanticen una mejor calidad de vida, y por lo tanto, estar cubiertos en otros riesgos, los cuales tienen otros mecanismos de financiación.

Así mismo, el alto Tribunal sostuvo que la limitante de la parte final del parágrafo 2º del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, que impide que un afiliado cobre simultáneamente pensiones por riesgo común y profesional, es por el mismo evento, es decir, por ejemplo, dos pensiones de invalidez por cada subsistema, pero jamás dos tipos diferentes de prestaciones, como en este caso ocurre, con la de invalidez de origen profesional y la de vejez del RPMPD; tampoco, que lo previsto en el artículo 15 ibídem sobre la devolución de saldos e indemnización sustitutiva cuando el afiliado accede a las prestaciones de riesgos profesionales, es una opción más no una imposición, porque eso iría en contravía del deseo del beneficiario de mantener vínculos laborales y aprovechar su capacidad y experiencia, en armonía con los parámetros internacionales de vinculación de las personas no solo de la tercera edad, también en condiciones de discapacidad al sistema productivo.

Adicionalmente, las referencias jurisprudenciales que hizo la entidad, concretamente la SL459-2021, es una mención totalmente descontextualizada del tema que se está tratando en este caso, se insiste, es la compatibilidad de la pensión de invalidez de origen profesional con la prestación de vejez, mientras que el asunto tratado en la sentencia referenciada, se relaciona con el principio de integralidad en la calificación del estado de invalidez, que conduce a que pese a que una persona puede tener afecciones tanto de origen profesional como

común, eso no implica la divisibilidad de la prestación, sino que recae en un solo organismo responsable que puede repetir contra otras entidades comprometidas, pero eso en nada guarda relación con la existencia de dos prestaciones pensionales diferentes, porque por su causa, fuente de financiación y cobertura, recae en organismos diversos que deben asumir su responsabilidad de reconocimiento.

Siendo así, la *a quo* no incurrió en el error endilgado, pues su decisión se acompasa con la línea jurisprudencial referida. En consecuencia, como no se cuestionó ningún otro elemento del reconocimiento pensional vertido por la sentenciadora, por consonancia, se confirmará la decisión en ese punto.

En cuanto a los intereses moratorios que impuso la juzgadora, corresponden a los previstos en el inciso final del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, el cual reza lo siguiente:

(...)

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

Dicha norma guarda similitud con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que la jurisprudencia laboral, por ejemplo, ha indicado que, lo relevante, incluso cuando se acude al artículo 95 del Decreto 1295 de 1994, que también trae estos emolumentos, es que la prestación reconocida haga parte del sistema general de riesgos laborales y cuya tardanza en su otorgamiento debe compensarse a través de la figura jurídica de intereses moratorios (CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 33265; CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 36674; CSJ SL, 9 may. 2010, rad. 34271 y CSJ SL 15 jul. 2020, rad. 70125), los cuales, independientemente de la norma en cita, no tienen carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues proceden a fin de aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la conducta omisiva del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, con independencia de las razones que se aduzcan en sede administrativa; regla que

no es absoluta, pues en ciertos eventos es posible exonerar de este concepto, como cuando la entidad de seguridad social ha negado la pensión con fundamento en los términos de la legislación vigente, y el reconocimiento judicial proviene de un cambio o creación jurisprudencial (CSJ SL1914-2019).

Sin embargo, en este caso, tal exoneración no resulta aplicable teniendo en cuenta que la actuación de la demandada no se enmarcó en las excepciones aludidas, en cuanto para el momento en que la pasiva negó la prestación reclamada, en el 2020, existía el precedente jurisprudencial estudiado, en relación con la compatibilidad entre las pensiones de invalidez de origen laboral y de jubilación o vejez, que se emitió en sentencia CSJ SL, 1.º dic. 2009, rad. 33558, y las que allí le siguieron, tal como se reseñó al inicio de las consideraciones.

En ese orden, el juzgado no incurrió en el error endilgado por la apelante, de suerte que su argumentación no sale adelante y, por ende, también se confirmará en ese aspecto la sentencia de primera instancia.

Las costas en la alzada corren a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de dos (2) smmlv.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105012 2021 00193 01. Demandante: Ramón Rodríguez Montaña. Demandado: Positiva Compañía de Seguros SA

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105017 2020 00227 01
Demandante: Lilia Ángela Gaitán de Gómez
Demandado: Banco Popular SA

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

ÁNGELA GAITÁN DE GÓMEZ, por intermedio de apoderado judicial, demandó al Banco Popular SA, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, a partir del 8 de septiembre de 2008, más los incrementos legales anuales, con la respectiva indexación de la base salarial, los intereses moratorios o en su defecto la actualización de las mesadas, sin descuento alguno, y las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que:

1. Laboró al servicio del Banco Popular SA, entre el 4 de septiembre de 1972 y el 31 de octubre de 1994, esto es, por más de 20 años como trabajadora

- oficial, con un último salario promedio de \$1.512.567,48, el cual no incluye la doceava parte de la prima de antigüedad de 20 años de servicio.
2. El 21 de noviembre de 1996, la demandada fue privatizada, pues pasó de ser una sociedad de economía mixta a un organismo particular, en todo caso, para esa data ya había cumplido más de 20 años de labores como trabajadora oficial.
 3. Durante la relación laboral el empleador efectuó los descuentos para los riesgos de invalidez, vejez y muerte –IVM- ante el entonces ISS hoy Colpensiones, por ende, esta entidad le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución 047315 de 2008.
 4. No ha cotizado por cuenta de otro empleador o como trabajadora independiente.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 11 de agosto de 2020 (archivo 01 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante auto del 21 de septiembre de esa anualidad, la admitió (archivo 03 ibíd.).

Efectuados los trámites de notificación de conformidad con el D. 806 de 2020 (archivo 04 ibíd.) el Banco Popular SA, se pronunció, oponiéndose a las pretensiones y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la relación laboral y el tiempo de servicios, lo mismo que el salario, el cambio de naturaleza jurídica de la entidad, los descuentos para los riesgos de IVM y la calidad de pensionada por vejez en el RPMPD, a los demás adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Como defensa argumentó que la demandante no puede acceder a la prestación pensional reclamada porque el requisito de los 20 años de servicio que exige la Ley 33 de 1985, no fueron acreditados al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, por lo cual, la pensión de jubilación era una mera expectativa; y en todo caso, el organismo, al haber efectuado cotizaciones al entonces ISS, se subrogó en el riesgo de vejez que la actora en la actualidad ostenta. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción (archivos 05 y 07 digitales).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 13 de febrero de 2023, dispuso (archivos 18 y 19 ibíd.):

PRIMERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al mes de agosto de 2017, y NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la entidad demandada BANCO POPULAR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que a la demandante LILIA ÁNGELA GAITÁN DE GÓMEZ identificada con la C.C. No. 35.318.571, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación oficial, a partir del 8 de septiembre de 2008, fecha en que cumplió 55 años de edad, en cuantía inicial de \$1'560.788, valor que se encuentra debidamente indexado a la fecha.

TERCERO: CONDENAR a la demandada BANCO POPULAR S.A., a reconocer y pagar a la demandante señora GAITÁN DE GÓMEZ, la suma total de \$99'526.459, por concepto de diferencias pensionales no prescritas, causadas entre agosto de 2017 y enero de 2023, y a partir del mes de febrero de 2023, a pagar un mayor valor a su cargo de \$1'395.427, teniendo en cuenta el reconocimiento de la pensión legal de vejez a cargo de COLPENSIONES y según lo analizado en precedencia.

CUARTO: ORDENAR al BANCO POPULAR S.A., para que de las sumas que resulten por concepto de mesadas pensionales a que tiene derecho la demandante, descuenta el valor de los aportes retroactivos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el porcentaje que corresponda legalmente, y según lo considerado en precedencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de la pretensión alusiva a intereses moratorios, pero ordenar el pago indexado mes a mes de las diferencias, desde la fecha en que se causaron las mesadas no prescritas desde agosto de 2017 y hasta cuando sean cubiertas en su totalidad por parte de la demandada.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS al BANCO POPULAR S.A., en proporción del 80%. En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación respectiva, incluyendo agencias en derecho a su cargo por \$ 3'500.000 M/ Cte.

Para arribar a la conclusión anterior, sostuvo que se había acreditado que la actora nació el 8 de septiembre de 1953; que trabajó para la demandada entre el 4 de septiembre de 1972 y el 31 de octubre de 1994 como trabajadora oficial con un último salario de \$390.872, y que la pasiva le reconoció las primas de antigüedad al cumplimiento de los cinco, diez, quince y veinte años de servicio, ese último en el año 1992.

Con fundamento en esos supuestos fácticos, señaló que pese a que la demandada cambió de naturaleza jurídica el 21 de noviembre de 1996 de un

ente público a uno privado, ello no implicaba la pérdida del derecho a la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, ni siquiera que el cumplimiento de la edad exigida por la norma, se hubiera dado con posterioridad a ese acontecimiento, o que con el hecho de la afiliación y cotizaciones del organismo al entonces ISS, impidiera la causación de la prestación pensional reclamada, porque así lo había dispuesto la jurisprudencia laboral, entre otras, en sentencias SL143-2013; SL5178-2017; SL18463-2017; SL4648-2017 y SL 4039-2018. A continuación, mencionó que como la actora acreditó más de 20 años de servicios oficiales a la demandada antes del cambio de naturaleza jurídica, con independencia de que en todo el vínculo laboral hubiera sido afiliada al RPMPD, con las cotizaciones respectivas al entonces ISS, con fundamento en lo previsto en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, la demandada por haber fungido como el último empleador público, debe asumir el reconocimiento pensional, a partir del cumplimiento de los 55 años, lo que ocurrió el 8 de septiembre de 2008.

En cuanto a la liquidación de la prestación sostuvo que se debe hacer un el salario promedio del último año de servicios debidamente indexado, sin inclusión de prima de antigüedad alguna, porque ese factor no quedó incluido en ese lapso; por ende, el valor adoptado era el de \$452.957, que al indexarse generaba la cifra de \$2.651.652, que al aplicarle el monto del 75% previsto en la aludida Ley 33, arrojaba un total de \$1.560.788, como primera mesada pensional, para el 8 de septiembre de 2008.

Luego señaló que la consecuencia que traía la afiliación al ISS por parte del empleador público, era la compartibilidad de la prestación con la que se reconociera por el administrador de pensiones, dando lugar a que la entidad asuma únicamente el mayor valor entre ambas prestaciones.

Pasó a analizar la excepción de prescripción propuesta por la demandada, para lo cual concluyó que, como la demandante interrumpió el término trienal previsto en los artículos 151 del CPT y de la SS y 488 del CST, con la presentación de la demanda, el 11 de agosto de 2020, las diferencias por mesadas causadas con anterioridad a ese mismo día y mes del 2017, habían quedado cobijadas por la figura extintiva.

Al efectuar las operaciones aritméticas encontró que el entonces ISS hoy Colpensiones le había reconocido a la actora la pensión de vejez, a partir del 2008 en una mesada inicial de \$843.035, y para esa misma fecha, la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, arrojaba un equivalente a \$1.560.788, arrojando una diferencia a favor de la demandante de \$717.753, que al aplicarse la prescripción analizada, surgía un retroactivo de \$99.526.459, que correspondía al período comprendido entre el 11 de agosto de 2017 y el 31 de enero de 2023, mes anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia.

Sostuvo que, a partir del 1° de febrero de 2023, la mesada que debía continuar reconociendo la demandada ascendía a \$1.395.427, con los respectivos reajustes legales anuales, por catorce mensualidades, pues la pensión se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Dijo que del valor del retroactivo se debían descontar por la pasiva los aportes a salud, pues por tratarse de una pensionada, era su obligación asumir esa carga contributiva con el sistema, incluso, de manera retroactiva tal como se había indicado en sentencia CSJ SL1478-2018.

Por último, sostuvo que no había lugar a imponer condena por los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque el argumento del organismo para negar el reconocimiento pensional era razonable, atendiendo a que, durante la vinculación laboral, la activa siempre estuvo afiliada al ISS, con la creencia del empleador que ese solo hecho bastaba para subrogar totalmente el riesgo de vejez, aspecto que pese a ser contrario a derecho, solo se definió en el proceso. A cambio de dichos moratorios, ordenó la indexación de las diferencias de cada una de las mesadas causadas, hasta la fecha de su pago efectivo.

Como las partes interpusieron el recurso de apelación, el *a quo* concedió la alzada en el efecto suspensivo.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora señaló que no estaba de acuerdo con la orden dada a la pasiva del descuento de los aportes a salud del retroactivo generado, porque, como el

entonces ISS hoy Colpensiones en el 2008 le reconoció la pensión de vejez, su contribución a ese subsistema estaba garantizado, por ende, con la nueva prestación no estaba obligada a asumir ese pago. Por último, se refirió a que el valor de la mesada inicial compartida debe ser superior, por lo menos en igualdad de condiciones a la concedida por la administradora de pensiones del RPMPD, que la reconoció con un monto del 84%, en consecuencia, para dicha parte resultaba desajustada la liquidación de la pensión de jubilación oficial con tan solo un 75%.

La demandada alegó que no estaba conminada a reconocer esa prestación pensional porque cumplió con la obligación de afiliar a la trabajadora al entonces ISS, y haber efectuado cotizaciones para los riesgos de IVM, acorde con los reglamentos de esa entidad por toda la relación laboral, y en todo caso, la actora no es beneficiaria de la pensión de jubilación oficial por cuanto no cumplió con la edad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Al final sostuvo, que reiteraba los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, la demandante radicó escrito de alegaciones, para lo cual sostuvo que se debía revocar parcialmente la decisión de primera instancia, dado que, el juzgador se equivocó al absolver a la demandada de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siendo que la jurisprudencia laboral ha decantado que operan para todo tipo de pensiones, y proceden ante la tardanza en el reconocimiento prestacional, como en este caso ocurrió.

7. PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS, corresponde a la Sala dilucidar: *i)* si la demandante es merecedora del reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, por haber laborado más de 20 años de servicios oficiales con la entidad demandada, pese a que ésta, durante toda la vinculación laboral, la mantuvo afiliada al entonces ISS hoy Colpensiones, con las correspondientes cotizaciones; *ii)* si el requisito de la

edad que trae ese régimen para acceder a la prestación debe cumplirse antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; *iii*) si se obtiene respuesta positiva al reconocimiento pensional, debe definirse si erró el juzgador al obtener una primera mesada con un monto del 75% en lugar de uno mayor; *iv*) igualmente, si del retroactivo pensional es viable ordenar el descuento de los aportes a salud, pese a que la beneficiaria percibe una pensión por vejez de la administradora del RPMPD, y por último; *v*) si lo solicitado en los alegatos de conclusión por la actora relacionado con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, puede analizarse en la alzada, pese a no haber sido objeto del recurso por dicha parte.

II. CONSIDERACIONES

No fue objeto de discusión en la apelación los siguientes supuestos fácticos aducidos por el juzgador de primera instancia: *i*) que la actora nació el 8 de septiembre de 1953; *ii*) que trabajó para la demandada entre el 4 de septiembre de 1972 y el 31 de octubre de 1994 como trabajadora oficial con un último salario de \$390.872, y que la pasiva le reconoció las primas de antigüedad al cumplimiento de los cinco, diez, quince y veinte años de servicio, ese último en el año 1992; *iii*) que la demandada cambió de naturaleza jurídica el 21 de noviembre de 1996, como ente público a organismo privado; *iv*) que durante toda la vinculación laboral, la parte demandante estuvo afiliada al RPMPD con el entonces ISS hoy Colpensiones; *v*) que en razón de esa conducta, a la promotora del litigio le fue reconocida una pensión de vejez, a partir del 8 de septiembre de 2008 en la suma inicial de \$843.035, y; *vi*) que cumplió 55 años en esa última data.

1. De la pensión de jubilación.

Pues bien, en atención a las materias de reparo, es preciso señalar que el régimen pensional aplicable a los servidores del Banco Popular, que como en el caso de la accionante, siendo trabajadores oficiales prestaron sus servicios por más de veinte años y arribaron a la edad pensional de que trata la Ley 33 de 1985 después de la privatización de la entidad, ha sido prolífica la jurisprudencia laboral en señalar, que tal suceso jurídico no implicó la pérdida

del derecho a la pensión de jubilación y, que la afiliación de los trabajadores al ISS, no impide que aquellos obtengan el reconocimiento de la pensión de jubilación de origen oficial.

Lo anterior, toda vez que para estos servidores no se previó, como en el sector privado, un régimen de transición de la pensión a cargo del empleador para derivar en la asunción total del riesgo por el entonces ISS, sino que, por el contrario, subsistieron estatutos especiales que no contemplaban tal subrogación, como lo son el Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el 1848 de 1969, ello, sin perjuicio de que los trabajadores oficiales pudieran ser afiliados a ese organismo administrador.

Así se expuso, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 16 dic. 2008, rad. 35796:

Sobre el particular, cumple puntualizar que es cierto, como lo sostiene el Banco recurrente, que el demandante estrictamente no consolidó un derecho pensional mientras aquél fue un ente oficial. Pero acontece que ni la Ley 33 de 1985 ni la Ley 100 de 1993 anularon las expectativas de los trabajadores que estaban próximos a jubilarse para la fecha en que esos dos estatutos entraron a regir.

En el sistema legislativo nacional ha sido usual que la ley nueva derogue y deje sin vigencia la ley antigua; pero en materia de pensiones, por consideraciones sociales y políticas, se introdujo en la legislación nacional la figura de la transición, que no es otra cosa que el mantenimiento de la vigencia de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la ley nueva. Las citadas Leyes 33 y 100 son un ejemplo de ello, porque mantuvieron vigente, en algunos aspectos, la legislación precedente para los trabajadores antiguos en orden a permitirles el acceso a la pensión de jubilación con los presupuestos de la ley anterior.

[...]

Por eso, frente a un mandato legal que, respecto de algunos de los elementos de la pensión de jubilación, dejó vigente la ley antigua, el empleador, aquí el Banco Popular, no puede oponer como argumento para obtener la casación de la sentencia recurrida, la alegación de que el demandante, señor ROMERO MALDONADO, sólo contaba con una mera expectativa, porque es con relación a esta precisamente, que la ley le dio la posibilidad de radicar en su patrimonio la pensión del sector oficial al cual perteneció por más de 20 años.

Este aspecto del cuestionamiento formulado por el censor en este cargo ya ha sido objeto de estudio y decisión por parte de esta Corporación en varias oportunidades en que se ha planteado idéntica acusación por el mismo demandado. Así, en la sentencia del 25 de junio de 2003, reiterada en decisión del 17 de marzo de 2004, radicación 22681, y del 8 de junio siguiente, radicación 22621, entre otras.

Por otra parte, sostiene el Banco recurrente que, aun en el caso de que se considere que el demandante fue trabajador oficial, el Tribunal ha debido aplicar el régimen del Instituto de Seguros Sociales.

En relación con esos argumentos, comienza la Sala por recordar que en la sentencia de la Corte del 6 de mayo de 1997, radicada bajo el número 9561, y en el salvamento de voto de la sentencia del 17 de mayo de 2001, se sostuvo la imposibilidad de acceder a dos regímenes pensionales diferentes, por lo cual la afiliación al Instituto de Seguros Sociales implica la liberación para el empleador de la obligación de pagar la pensión patronal. En la decisión citada, la Corporación consideró que la Ley 33 de 1985 sólo es aplicable cuando el empleado ha dejado de prestar sus servicios siendo trabajador oficial y no cuando, por virtud de la privatización, asume la condición de trabajador particular; pero esa tesis fue superada por la Corte en decisiones posteriores.

Dicho criterio se ha mantenido vigente a través de diferentes pronunciamientos de la misma corporación, como puede observarse, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 24 jul. 2013, rad. 41055, memorada en la CSJ SL304-2016 y en la CSJ SL1267-2017; en la primera se indicó:

«Como en ocasiones anteriores similares a la aquí tratada, en donde el hoy recurrente ha fungido como demandado de algunos de sus servidores, son dos los cuestionamientos esenciales que hace a la sentencia del Tribunal que reconoció el derecho pensional perseguido: 1º) no haber atendido el hecho de que para el momento en que el actor cumplió la edad requerida en las normas que consagraban el derecho pensional perseguido, ya había perdido su calidad de entidad oficial por haber pasado al sector privado en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley 226 de 1995, ley que lo exoneró de cumplir obligaciones de naturaleza oficial como lo es la pensión prevista en la Ley 33 de 1985, y 2º) desconocer que por haber afiliado al demandante al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, es a esta entidad a la que le corresponde asumir la prestación pensional.

En relación con el primer tema, basta decir que el Tribunal no se equivocó al concluir que por contar el actor con el tiempo de servicios en el sector oficial para cuando entró a regir la Ley 100 de 1993 mantiene, por virtud del régimen de transición, su derecho a la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985.

Ello, por ser lo cierto que ni la privatización de que el Banco Popular fue objeto en noviembre de 1996, ni las normas que el recurrente incluye en el cargo como fuente de su exoneración al pago de la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, tienen el alcance por él pretendido, en el sentido de que con fundamento en ellas se pueda desconocer la aspiración a la dicha pensión de jubilación de quienes, ostentando la calidad de trabajadores oficiales, cumplen 20 años a su servicio pero, posteriormente, cuando la entidad ya fue privatizada, arriban a la edad prevista en dichas normas.

Lo anterior, por cuanto el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, en situaciones como la aquí tratada, no es dable desconocerlo exigiendo requisitos ajenos a los establecidos en las normas vigentes al momento de cumplir el tiempo de servicios que ellas precisan, y menos negar su existencia, como aquí lo pretende el demandado, aduciendo una naturaleza jurídica actual ajena a la del tiempo de servicio exigido por las normas pertinentes para el acceso a la pensión, o como en otras ocasiones se ha alegado, pretextando la continuidad en el servicio del trabajador, o la generación de un nuevo derecho pensional como lo es el otorgado por el Instituto de Seguros Sociales».

Así mismo, otra de las características de esta prestación es la responsabilidad, pues se ha dicho con insistencia, que el obligado a asumir la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985 es el empleador público, en este caso, el Banco Popular S. A., como quiera que sobre los efectos del régimen de transición para los trabajadores oficiales afiliados al ISS, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el dador del empleo no subroga la obligación de reconocer la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985, tal como se afirmó en sentencia CSJ SL2852-2019, en la cual se hizo alusión, así:

En la sentencia con radicación n°. 39028 del 6 de marzo de 2013, refirió lo expuesto en la sentencia con radicación n°. 20114 del 25 de junio de 2003, en la que se expuso:

Y ese régimen anterior, para el aquí demandante, no es otro que el regulado por la ley 33 de 1985, o sea, como lo concluyó el juzgador, que éste tiene derecho a la pensión de jubilación desde el momento que cumplió 55 años de edad y 20 de servicios, la que debe ser cubierta por la entidad empleadora y demandada, ya que, en primer lugar, la ley 100 de 1993 le otorgó ese derecho y, en segundo término, la afiliación a los Seguros Sociales en tratándose de trabajadores oficiales antes de la vigencia de la aludida ley, no tenía la virtualidad de subrogar totalmente al empleador en ese riesgo. Al respecto la Corte desde la sentencia del 10 de agosto de 2000, radicación 14163, sostiene:

(...) en vigencia de la normatividad precedente a la ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez (...).

Criterio que se mantiene, por ejemplo, en la sentencia SL15178 de 2017 radicación 57674 del mismo año, en la que se rememoró la del 30 de julio de 2014, radicación SL 143 – 2013.

En ese orden de ideas, es claro que el sentenciador de primer grado no incurrió en ninguna equivocación de las enrostradas por la demandada en la alzada, en la medida que la demandante satisfizo el requisito de 20 años de servicio en condición de trabajadora oficial, con independencia de que para el momento en que arribó a la edad requerida, esto es en septiembre de 2008, su exempleador

hubiere mutado de naturaleza jurídica, hecho que no la pudo afectar, pues la accionante jamás tuvo carácter de trabajadora privada; como tampoco, que ese requisito se hubiera cumplido al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, pues lo importante, a efectos de esta prestación, es el cumplimiento del tiempo de servicios público antes de la privatización.

Además, no puede soslayarse que el juzgador advirtió de la compartibilidad de la prestación reclamada, dejando en cabeza de la entidad demandada solamente el pago del mayor valor, si lo hubiere, a partir del momento en que el entonces ISS hoy Colpensiones le otorgó la pensión de vejez, que es la consecuencia de la conducta de la pasiva al haber afiliado y cotizado para los riesgos de IVM durante toda la vinculación laboral. Por lo tanto, se confirmará el reconocimiento pensional.

2. Del monto aplicable.

Ahora, en lo relacionado con el monto aplicable que fue el único aspecto criticable al reconocimiento de primera instancia, pues para la actora, así como en la pensión de vejez, el ISS le aplicó al IBL un porcentaje del 84%, igualmente se le debería tener en cuenta ese porcentaje, lo cual resulta equivocado, pues, por una parte, la misma jurisprudencia laboral ha señalado con insistencia (sentencias CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 44238, CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 53037, CSJ SL 570-2013, CSJ SL4649-2014, CSJ SL17476-2014, CSJ SL2982-2015, entre otras) que con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición únicamente preservó tres aspectos del régimen anterior: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, de suerte que, los demás aspectos de la prestación se rigen por lo consagrado en la ley de seguridad social integral; y por la otra, no es posible que la impugnante confunda y mezcle las características y elementos de la pensión de vejez reconocida por el ISS y la de jubilación a cargo del Banco Popular que en su momento fungió como empleador público, por cuenta de los 20 años mínimos de servicios oficiales que la actora prestó y le sirvieron para acceder a esta prestación, pues se trata de regímenes pensionales diferentes y autónomos, que solo comparten consecuencias en cuanto a la compartibilidad, pero jamás en la forma de liquidación. Por eso, en cuanto a la tasa de reemplazo que aplicó el juzgador de primer grado, resulta acertado que haya sido el 75%, tal como lo prevé el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el

entonces artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.

3. De los descuentos en salud.

Sobre los descuentos del retroactivo pensional por concepto de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, conviene remitirse a lo afirmado por la jurisprudencia laboral en sentencia CSJ SL2445-2019, reiterado en sentencia CSJ SL-4909-2019, así:

[...] por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización para salud y transferirla a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado. Así se desprende expresamente del mandato del art. 42 inc. 3° del D 692 de 1994, cuando señala:

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido (sic) a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

Igualmente, y en consonancia con lo preceptuado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, resulta palmario que es el pensionado quien debe asumir el pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, resultando natural que lo haga, desde el momento mismo en que ostenta tal calidad.

En este orden, para esta Sala de la Cote (sic), no se advierte el defecto jurídico denunciado, como quiera que, para que operen tales deducciones, no se requiere una orden del operador judicial de instancia, ya que las mismas, conforme quedó visto, operan de pleno de derecho y así debe hacerse al momento de cumplirse con la condena.

Por consiguiente, como la demandante adquirió la calidad de pensionada por jubilación, subsiste la obligación de transferir esos valores al sistema de salud, en la medida en que la misma opera por disposición expresa de la ley (CSJ SL1169-2019), y si bien es cierto que por cuenta de la pensión de vejez reconocida por el ISS, también se efectuaron esos descuentos, téngase en cuenta, que se trata de una misma connotación -la de pensionada- en donde el legislador no distinguió si al recibirse en forma separada este tipo de ingreso, había que dar preferencia a uno sobre el otro, máxime que en estos eventos en que aplica la compartibilidad pensional, el mayor valor que le corresponde asumir a la demandada tiene el fin de asegurar que la prestación se mantenga, y por ello, ahí se unifican las consecuencias de la conducta empresarial al haber cotizado, lo cual implica, que como pensionada, contribuye en la financiación del subsistema de salud, y jamás que se trata de un pago doble como lo sugirió la impugnante. Bajo ese entendido, no incurrió en error el juzgador al autorizar

a la entidad realizar los descuentos con destinación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

4. De los intereses moratorios.

El sentenciador de primera instancia absolvió de estos emolumentos a la demandada, porque consideró que, pese a la tardanza y, por tanto, negativa en el reconocimiento pensional de manera directa, ello tenía una justificación razonable, en su lugar, impuso la indexación de las mesadas adeudadas. En la apelación, la parte actora no hizo referencia a ese aspecto, y solo vino a tratarlo en los alegatos ante esta instancia, lo cual resulta extemporáneo, porque las inconformidades fácticas y jurídicas que el Tribunal en segunda instancia puede resolver con respecto al fallo inicial, son las que se planteen una vez se notifica esa decisión por estrados, dado que, la providencia se dictó en audiencia (literal B del art. 41 del CPT y de la SS) por lo que, es allí el escenario adecuado y pertinente para exponer todos los motivos de queja (art. 66 ibid., modificado por el art. 10 de la L. 1149 de 2007), sin que en las alegaciones de segundo grado, puedan aducirse elementos novedosos o dejados de impugnar, en cuanto este espacio solo es para ampliar y/o reforzar los argumentos tomando como base inicial lo aducido en la apelación.

Sobre esta temática, por ejemplo, en sentencia CSJ SL3144-2021, la Corte precisó:

En cuanto al cuarto punto planteado, para la Sala tampoco es de recibo el argumento de la censura respecto a que el Colegiado de instancia desconoció el principio de congruencia porque no analizó el tema de la nulidad del acta de transacción por vicios del consentimiento en la perspectiva que se plasmó en los alegatos de conclusión.

Ello, porque conforme a lo previsto en el artículo 66A del Estatuto Procesal Laboral, este postulado impone que «la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación» (CSJ SL2808-2018); además, lo que se exige es que la sentencia esté acorde con los hechos y pretensiones del escrito inaugural, las excepciones propuestas o aquellas que estén probadas según el caso y los hechos que precisó el juez al momento de la fijación del litigio. De modo que esa regla procesal en salvaguarda del debido proceso y el derecho de defensa proscribió que el juez en su decisión varíe la causa petendi con la introducción de hechos nuevos o modifique el petitum de la demanda o los medios exceptivos propuestos por la contraparte, salvo cuando la ley habilite su actuación oficiosa.

Y en la sentencia de segunda instancia cuestionada se dio cumplimiento a ello porque si bien el Tribunal asentó que en las pretensiones de la demanda no se

planteó la nulidad del acta de transacción por vicios del consentimiento, sino por ausencia de este, en todo caso y como un argumento adicional, en realidad en su decisión estimó que no hubo vicios del consentimiento porque «se evidencia que no se surtió la llamada “encerrona” que se afirma en el libelo inaugural a folio 77 aparece y con ello queda desvirtuado cualquier error, fuerza o dolo ejercido sobre el demandante para la firma del antedicho acuerdo como se pretende hacer ver, pues bien podía el trabajador no firmar el acuerdo y esperar a que la empresa adoptara otras decisiones». Esa consideración fáctica del fallo se entiende admitida en la acusación de orientación jurídica.

En todo caso, no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

(Resaltado fuera del original).

Acorde con lo anterior, y como los intereses moratorios no son un punto que contenga en sí un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador, que es la excepción al deber del Tribunal de pronunciarse únicamente sobre los temas planteados en el recurso de apelación, la Sala se abstendrá de hacer referencia a la negativa del juzgador de primera instancia sobre esos conceptos.

Así mismo, cabe resaltar, que el hecho de indicar en el recurso por la pasiva, que se remitía a los argumentos referenciados en el escrito de contestación de la demanda, tampoco habilita a la Sala a referirse a aspectos no cuestionados expresamente en la alzada, porque como ejercicio dialéctico con la sentencia de primer grado que le corresponde hacer a las partes, es deber precisar aquellos aspectos puntuales con los cuales no están de acuerdo, y no acudir a generalizaciones que el sentenciador no analizó o que por virtud del principio de libre apreciación de la prueba descartó, cosa distinta, citar el punto específico de inconformidad y reforzar el argumento con una reiteración a la base jurídica y fáctica de esas piezas procesales, pero jamás hacer esas interpelaciones sin mayor sustento, que en modo alguno le dan competencia al Tribunal para pronunciarse.

Al efecto, en sentencia CSJ SL 9 sep. 2009, rad. 35211 la Corte precisó qué se entiende por el principio de consonancia y la competencia del juzgador de

segunda instancia, así:

Bajo el epígrafe de principio de consonancia, el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social prescribe: “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.

Con arreglo a este texto legal, la competencia funcional del juez de la apelación está determinada por el contenido del recurso. Es decir, el radio de acción de aquél está limitado a las materias respecto de las cuales el apelante haya mostrado inconformidad y honrado con la carga procesal de fundamentar sus reparos.

Es el recurrente quien delimita expresamente las materias a que se contrae el recurso de apelación, en tanto que corre con la carga de sustentarlo en todos los aspectos respecto de los cuales aspire a que la providencia impugnada sea revocada, modificada o adicionada.

De suerte que el apelante fija los puntos que lo distancian de la determinación del juez, al igual que las razones en que sustenta su pretensión de revocatoria, modificación o adición.

En consecuencia, al juez no le está permitido enmendar la decisión en la parte en que no fue objeto del recurso, a no ser que la reforma fuere imprescindible para hacer modificaciones en puntos estrechamente relacionados con ella.

(Subrayado fuera del original)

Y, en sentencia SL5159-2018, resaltó la importancia de ese diálogo entre esas actuaciones procesales: la sentencia con su contenido material y los motivos expresos de apelación:

Conforme al artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sentencia «deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación». Esta Sala de la Corte, al respecto, ha sostenido que la consonancia obliga al juez a pronunciarse respecto a los temas expresamente apelados, de modo que entre lo que es objeto de impugnación y lo resuelto por el Tribunal, exista una relación de correspondencia, a no ser que en la segunda instancia se verifique la presencia de «derechos mínimos irrenunciables del trabajador» (CC C-968-2003 y SL4981-2017).

La posibilidad real de apelar, sin embargo, -precisa la Sala- presupone la existencia de materias o puntos que puedan ser controvertidos. Esto si se tiene en cuenta que la apelación es un ejercicio dialéctico, en el cual la parte inconforme discute a través de argumentos y razonamientos la decisión de primer nivel.

La parte que apela intenta demostrar una tesis contraria a la sostenida por el juzgado y persuadir al superior funcional de la corrección de su argumento. Por ello, es lógico que para que pueda darse este contraste de ideas y puntos de vista debe existir en el fallo combatido temas discutibles. Dicho de otro modo: no se trata de apelar por el prurito de hacerlo o argumentar «al vacío» sobre temas que no han sido ni siquiera analizados. Lo relevante es que la parte tenga posibilidades argumentativas o puntos a los cuales puedan dirigir ataques argumentales.

(Subrayado propio)

En consecuencia, como las razones expresas de la apelación fueron las que quedaron señaladas con el planteamiento del problema jurídico, la Sala no puede abordar temas distintos, en aras de respetar el pluricitado principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS. Por todo lo expuesto, no se impondrán costas a ninguna de las partes en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105002 2020 00302 01
Demandante: María Antonia Sánchez Suárez
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

MARÍA ANTONIA SÁNCHEZ SUÁREZ, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 3 de abril de 2002, las mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las mesadas, y costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, señaló que: *i)* el señor Luis Antonio Pachón Torres nació el 13 de julio de 1934, se encontraba afiliado al ISS hoy Colpensiones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte –IVM-, por ende, mediante la Resolución n° 001088 de 1995, le reconoció la pensión de vejez, efectiva a partir del 13 de julio de 1994, en cuantía inicial de \$98.700; *ii)* el pensionado convivió con la actora entre el 15 de mayo de 1973 y el 3 de abril de 2002, fecha de fallecimiento del *de cujus*, esto es, por más de 28 años; *iii)* por virtud de ello, radicó ante el entonces ISS, el 12 de junio de 2002, la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero la entidad, a través de la Resolución n° 000979 de 2003, pese a que no desconoció la calidad de compañera permanente, negó el reconocimiento pensional, y a cambio le concedió la indemnización sustitutiva; *iv)* al ser consciente de lo anterior, el 1° de septiembre de 2020, reclamó nuevamente el reconocimiento pensional, sin obtener respuesta alguna de Colpensiones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 1° de octubre de 2020 (fl° 59 archivo 01 digital) y la misma fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral del circuito de Bogotá D.C., con proveído del 13 de julio de 2021 (archivo 05 ibíd.), siendo enviada citación de que trata el Decreto 806 de 2020, el 30 de septiembre de 2021 (archivo 09 ibíd.).

La convocada se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la calidad de pensionado del causante, la reclamación de la pensión de sobrevivientes en junio de 2002 y la respuesta negativa a ese derecho, pero, en su lugar, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva; igualmente, aceptó la posterior solicitud de septiembre de 2020, aunque negó rotundamente que frente a esta petición no se hubiera dado respuesta, pues precisó, que mediante la Resolución n° SUB 227255 del 26 de octubre de 2020, resolvió reconocer la prestación pensional solicitada. Frente a los demás hechos adujo que no le constaban. En su defensa argumentó que, pese a que en su momento le fue reconocida la prestación sucedánea a la actora, en un nuevo estudio llevada a cabo en octubre de 2020, encontró que aquella en realidad

acreditaba los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por ende, con la Resolución SUB 227255 de ese mes y anualidad, concedió la prestación pensional solicitada con un retroactivo de \$24.121.087, aplicando prescripción trienal y el descuento actualizado del valor concedido por la indemnización sustitutiva, por lo que, en su criterio, no es viable un nuevo reconocimiento pensional. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación ni reajuste alguno, no configuración de intereses moratorios ni indemnización alguna, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica (archivo 10 *ibíd.*).

En audiencia del 9 de febrero de 2022, teniendo en cuenta la posición de las partes y los hechos aceptados, la juzgadora de primera instancia fijó el litigio en relación con la fecha a partir de la cual se debía reconocer la pensión y, por lo tanto, el retroactivo generado, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas pertinentes (archivo 14 *ibíd.*).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, el juzgado antes referido puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 11 de marzo de 2022, en la que dispuso: (archivos 18 y 19 *ibíd.*).

PRIMERO. DECLARAR que la señora MARÍA ANTONIA SÁNCHEZ SUAREZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.544.879 es beneficiaria de la sustitución de la pensión de vejez que gozaba su compañero permanente señor LUIS ANTONIO PACHÓN TORRES (Q.E.P.D), a partir 3 de abril de 2002, con efectos fiscales a partir del 1 de octubre de 2017, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO DECLARAR probada la excepción de prescripción parcial de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1 de octubre de 2017. Las demás excepciones propuestas se declararán no probadas.

TERCERO ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás peticiones incoadas en su contra, por lo expuesto anteriormente.

CUARTO CONDENAR en costas a la parte accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

QUINTO Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.

Para arribar a la conclusión anterior, indicó que, como quiera que Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes mediante la Resolución SUB 227255 de 2020, con lo cual quedó solucionado uno de los objetivos de la demanda, el problema jurídico a resolver consistía en establecer, si acertó la entidad convocada en reconocer el retroactivo respectivo, y si se hacía merecedora de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, junto con las costas de dicha instancia.

Para ello, sostuvo que, como no se discutía la existencia del derecho pensional reclamado, el cual se causó con la muerte del pensionado por vejez, el 3 de abril de 2002, al haberse propuesto la excepción de prescripción, la actora debió reclamar ante la entidad dentro de los tres años que establecen los artículos 151 del CPT y de la SS y 488 del CST, lo que llevó a cabo el 12 de junio de 2002, con respuesta negativa del 27 de febrero de 2003, con Resolución n° 000979 de esa fecha, notificada el 7 de mayo de esa misma anualidad, pero, como la accionante no interpuso recurso alguno y, tampoco, acudió a la vía judicial dentro del interregno que habilitó legalmente, las mesadas causadas con anterioridad al 1° de octubre de 2017, quedaron cobijadas por la prescripción, esto es, tres años anteriores a la presentación de la demanda, sin que pueda tenerse en cuenta la posterior reclamación extrajudicial que efectuó la activa, en cuanto la que resultaba válida para ese propósito es la primera que se ejecutó y no las posteriores.

Añadió, que al hacerse las operaciones aritméticas con los descuentos por aportes obligatorios a salud y el valor reconocido por indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cifra obtenida coincidía con la reconocida por Colpensiones en la aludida Resolución SUB 227255, por ende, no había lugar a condena alguna por ese concepto, lo que aparejaba absolver de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, precisó que, pese a lo anterior, como en sede judicial se acreditó el reconocimiento pensional por la demandada, ésta debía ser condenada en costas de la instancia.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante señaló que no estaba de acuerdo con la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por ende, solicitó que se revoque de manera parcial la decisión de primer grado en ese punto, para que, se acceda a dicha condena. Argumentó, que como la causación de la pensión de sobrevivientes ocurrió el 3 de abril de 2002, a partir de ese momento la entidad debió reconocer la prestación, lo cual no ocurrió en su momento por negligencia e inadecuado estudio del derecho reclamado y, si bien, ese error lo corrigió la pasiva con el acto administrativo de octubre de 2020, eso no le quita el derecho a los moratorios, porque la entidad actuó en forma equivocada desde el inicio.

Precisó, que, pese a que la juzgadora de primera instancia declaró la prescripción de las mesadas con anterioridad al 1° de octubre de 2017, debía tenerse en cuenta que la resolución que reconoció la pensión declaró que las mesadas se causaban, a partir del 1° de septiembre de 2017, por ende, desde ese mismo momento se generaron los moratorios, debido a la tardanza en el reconocimiento y pago de la prestación pensional.

Por su parte, Colpensiones petitionó la revocatoria de las costas impuestas, pues en su criterio, ese organismo no dio lugar a la controversia, porque, finalmente reconoció la pensión reclamada, solo que, posteriormente, se discutió el tema del retroactivo generado, que a la postre la juzgadora declaró bien reconocido y, por ello, se absolvió a la entidad. En ese orden, si la convocada al juicio no se le impuso condena alguna por la prestación solicitada, adujo que sería un contrasentido imponerle las costas procesales.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia, reiterando, en apretada síntesis, idénticos argumentos a los expresados en la alzada.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los argumentos de la alzada de las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada en aquellos puntos

no cuestionados expresamente, la Sala entrará a resolver: *i)* si la juzgadora de primera instancia podía estudiar otros elementos diferencias a la pensión de sobrevivientes, pese a que, Colpensiones *motu proprio* y estando en curso el proceso, concedió la prestación a partir del 3 de abril de 2002, pero, con efectos fiscales, desde el 1° de septiembre de 2017; *ii)* si lo anterior es posible, examinar si la demandante es acreedora a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pese a que, Colpensiones no fue condenada al reconocimiento de retroactivo alguno, o si por el contrario, el hecho de que la concesión de la pensión de sobrevivientes por la entidad en tiempo posterior a la causación y reclamo, genera esos emolumentos, y; *iii)* si la convocada debe ser exonerada de las costas al no habérsele impuesto reconocimiento económico alguno de los solicitados por la demandante.

8. CONSIDERACIONES

En el caso que ocupa la atención, no se debate en la alzada que: *i)* Colpensiones, estando en curso la primera instancia, mediante la Resolución SUB 227255 del 26 de octubre de 2020, reconoció la pensión de sobrevivientes a la accionante con ocasión del fallecimiento del causante Luis Antonio Pachón Torres, el 3 de abril de 2002, con efectos fiscales, a partir del 1° de septiembre de 2017, con un retroactivo pensional equivalente a \$24.121.087; *ii)* la demandante inicialmente reclamó el derecho pensional, el 12 de junio de 2002, pero obtuvo respuesta negativa con Resolución N° 000979 de 2003, aunque le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en la suma de \$4.037.076, sin que la interesada hubiere interpuesto recurso alguno; *iii)* que la señora María Antonia Sánchez reclamó nuevamente ante la entidad el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el 1° de septiembre de 2020, obteniendo el estudio que dio origen a la aludida Resolución SUB 227255 de esa anualidad; *iv)* que la demanda fue presentada el 1° de octubre de 2020.

1. HECHO MODIFICATIVO O EXTINTIVO SOBRE EL CUAL VERSE EL LITIGIO, OCURRIDO DESPUÉS DE HABERSE PROPUESTO LA DEMANDA

En ese orden, conviene precisar, que la jurisprudencia laboral ha señalado que cualquier hecho que tienda a modificar o extinguir el derecho, que se dé en el transcurso del proceso, debe ser tenido en cuenta por el juzgador, en aras de

proteger derechos fundamentales del trabajador o afiliado, y garantizar la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades, con fundamento en lo expresamente señalado en el artículo 281 del CGP, tal como lo precisó en sentencia CSJ SL1815-2023:

Importa precisar, que no le asiste razón a la censura al afirmar que el hecho modificativo o extintivo sobre el cual versa el litigio es válido solo «antes de que entre al despacho para sentencia de primera instancia», pues basta revisar el contenido del artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, para colegir que el hecho sobreviniente puede ser tenido en cuenta «siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio», es decir, la norma no expresa que los sucesos imprevistos en el litigio puedan ser susceptibles de consideración solo cuando ocurren antes de que se emita la decisión que pone fin a la instancia inicial».

En ese sentido, esa situación del reconocimiento pensional luego de haberse presentado la demanda, y que la pasiva alegó en su contestación, fue tomada en cuenta por la juzgadora de primera instancia en la fijación del litigio, por ende, en aras de no sacrificar el derecho sustancial que aparea los componentes de la prestación económica solicitada, en esa sede, podía establecerse, por ejemplo, si el reconocimiento que llevó a cabo la entidad demandada, era el correcto, particularmente, si podía aplicar prescripción trienal y, por ende, el valor del retroactivo generado, lo mismo que el derecho a los intereses moratorios que desde el inicio reclamó la demandante, que en la actuación de la entidad no se vieron reflejados, sin que con ello se pudiera ver afectado el derecho de defensa del organismo, porque, precisamente, estaba en discusión esos elementos, por lo tanto, debía debatirse si aquellos se causaban o no, pese al reconocimiento de la prestación por la entidad.

2. INTERESES MORATORIOS

Dicho lo anterior, y como se advirtió al inicio, la actora no cuestionó el tema de la prescripción en la forma como la sentenciadora de primer grado lo analizó, ni mucho menos el valor de la cuantía del retroactivo generado, que según el análisis efectuado, sus operaciones arrojaban idéntico valor al reconocido por Colpensiones, pese a que, se modificó en un mes la fecha de exigibilidad de la obligación, pues se recuerda que la entidad lo efectuó, a partir del 1° de septiembre de 2017, mientras que para la *a quo*, fue desde el 1° de octubre de ese mismo año, es decir, en favor de la demandada y con agravio para la accionante.

En ese orden, se recuerda que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, acorde con reiterada jurisprudencia laboral, que en principio y por regla general, proceden en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase de prestación (sentencia CSJ SL, 29 may. 2003, rad. 18789, reiterada, entre otras, en la CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 32002 y CSJ SL1440-2018), y que, tratándose de sobrevivientes, las entidades administradoras cuentan con dos (2) meses luego de la reclamación (art. 1° de la Ley 717 de 2001), para proceder a su satisfacción que, si no se cumple, desde allí proceden esos emolumentos hasta la fecha del pago efectivo (CSJ SL4309-2022, SL3619-2022, SL5681-2021 netre muchas otras).

Así mismo ha definido que, si bien su cancelación se encuentra supeditada a que exista mora o retardo en el pago de la prestación pensional a la que se tiene derecho, en todo caso su naturaleza es resarcitoria, pues el legislador los estableció con miras a reparar el pago tardío de la pensión a que había lugar, no como una mera sanción al deudor (CSJ SL2546-2020).

Del mismo modo, la Corte ha precisado que aquellos deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en casos puntuales como cuando: *i)* la negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013); *ii)* se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016); *iii)* se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016 y en la CSJ SL070-2018); *iv)* la controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016), y; *v)* existe algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo

puede ser dirimido por la justicia ordinaria, como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021, con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación (CSJ SL5654-2021).

Con este panorama, es claro que, como en este asunto, se trataba de un pensionado por vejez, que falleció el 3 de abril de 2002, para el cual resultaba aplicable el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, que preveía que, tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes *“los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez (...) por riesgo común, que fallezca”*, cuando la beneficiaria reclamó el 12 de junio de 2002, la administradora del RPMPD debía hacer un análisis juicioso y exhaustivo de la solicitud, y esforzarse por aplicar e interpretar de la mejor forma las normas, con el propósito de acertar en lo posible en la definición del derecho; sin embargo, no lo hizo, ya que, por el contrario, emitió un acto administrativo en 2003, claramente contraria al ordenamiento, pues analizó la petición como si el causante fuera un afiliado, exigiendo un número de cotizaciones mínimas, apartándose de los verdaderos requisitos que exigía la norma exactamente aplicable al caso.

Así, que en principio, la entidad tenía hasta el 12 de agosto de 2002, para el reconocimiento de la prestación pensional, y no lo hizo; no obstante, el error vino a subsanarlo con la Resolución del 26 de octubre de 2020, que según el estudio llevado a cabo por el juez de primer grado, por no haber accionado a tiempo la demandante, luego de su inicial negativa, se debía aplicar la prescripción de las mesadas con anterioridad al 1° de octubre de 2017, y como ese punto no fue cuestionado por la activa, se tiene que, los moratorios siguen la suerte de lo principal, esto es, que también quedaron cobijados con esa figura sobre esas mesadas causadas, entre el 2 de abril de 2002 y el 30 de septiembre de 2017; pero, por tratarse de una prestación periódica que se causa mes a mes, cuya actitud desplegada por la entidad no encaja en ninguna de esas hipótesis excepcionales fijadas por la jurisprudencia; además, el motivo que tuvo la entidad desde el inicio se basó en un razonamiento jurídico errado de su parte, es claro, que los moratorios se imponen, a partir del mismo 1° de octubre de 2017, cuando la entidad tenía que resarcir como mínimo el perjuicio irrogado con esa tardanza injustificada, emolumentos que se aplican sobre cada una de

las mesadas generadas en la resolución SUB227255 del 26 de octubre de 2020, hasta la fecha en que se dio el pago efectivo.

3. COSTAS

Colpensiones sostuvo que no se le debió condenar en costas de primera instancia, porque, al final no se le impuso ninguna erogación económica, debido a que la *a quo* consideró que el retroactivo liquidado en la resolución de octubre de 2020, con que concedió el derecho pensional a la demandante fue el correcto, y, por ello, no resultó vencida.

Frente a ello, podría decirse que, en efecto la entidad demandada no fue vencida en el proceso, que es el elemento indispensable que trae el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, para imponer las costas, pues la simple declaración que hizo la juzgadora de primera instancia, en la parte resolutive de la decisión, consistente en señalar que la actora tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, no es más que la constatación de que la entidad reconoció la prestación en el juicio, pero, sin ninguna consecuencia jurídica, porque no ordenó saldo a favor de la demandante.

Sin embargo, como se analizó previamente, la *a quo* se equivocó al exonerar a la demandada de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por ende, al final existe una condena en su contra, lo cual implica que el litigante favorecido reciba la compensación por su esfuerzo procesal. En tal sentido, se confirmará la imposición de las costas en primer grado.

En esta instancia, dado el resultado desfavorable de la actuación de la pasiva y la acogida de los argumentos de la actora, se impondrán costas a Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a dichos emolumentos, a partir del 1° de octubre de 2017, sobre cada una de las mesadas causadas, producto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de MARÍA ANTONIA SÁNCHEZ SUÁREZ en la Resolución SUB227255 del 26 de octubre de 2020, y hasta la fecha en que se dio el pago efectivo.

SEGUNDO. En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, pero, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Costas de esta instancia, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) smmlv.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105026 2019 00336 01

Demandante: Samuel Torres Rivera

Demandado: Banco de Occidente S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Samuel Torres Rivera**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó al Banco de Occidente S.A., con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de enero de 1994 y el 8 de marzo de 2019, cuando se dio por terminado sin justa causa.

Consecuencialmente, reclama se condene a la demandada a pagar: *i)* indemnización por terminación del contrato sin justa causa debidamente indexado, *ii)* sanción moratoria causada entre el 8 de marzo de 2019 y el 10 de abril de 2019, *iii)* cesantías, intereses a las mismas, primas de servicios, vacaciones, *iv)* aportes a seguridad social en pensiones desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1994; *v)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de las pretensiones, indicó que: *i)* suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 3 de enero de 1994, *ii)* el cargo que ostentaría sería el de mensajero, recibiendo como contraprestación la suma de \$98.700 *iii)* fue ascendido a auxiliar de giros y remesas en septiembre de 1994, con el salario inicial, *iv)* en 1995 le fue pagado como salario la suma de \$118.934; *v)* en 1996 se promovió a cajero auxiliar reconociéndose por su labor la suma de \$142.125, *vi)* desde 1997 hasta el año 2000 devengó siempre el smlmv para cada anualidad, *vii)* en 2001 se le designó como cajero principal, percibiendo una remuneración de \$281.000 mensuales más un incentivo fijo de \$20.000, *viii)* entre el año 2001 y 2019 recibió su salario básico mensual y un incremento fijo mensual de \$80.000, *ix)* le fue terminado el contrato sin justa causa, *x)* al efectuarse la liquidación de acreencias laborales no se tuvo en cuenta el factor fijo pagado mensualmente, ni el incentivo o bonificación, *xi)* en el decurso de la relación laboral no le fue suministrado vestido y calzado de labor, *xii)* fue llamado a rendir descargos el 7 de marzo de 2019, *xiii)* uno de los cargos formulados fue un “descuadre o faltante por la suma de \$500.000 que había sido enviado por sistema y no de manera física, *xiv)* se adelantaron entrevistas y pruebas de polígrafo, pero estas no fueron desarrolladas en forma equitativa para las partes involucradas, *xv)* la investigación adelantada en su contra dio lugar a que se abriera otra indagación en su nombre, por hechos aislados y que no guardaban relación con el evento denunciado, *xvi)* en la nueva conducta escudriñada, se desconoció el procedimiento para la comprobación de las faltas y el término que se tiene para este, conforme al reglamento interno de trabajo, *xvii)* con la citación a descargos no se adjuntaron los elementos probatorios que originaron el proceso, *xviii)* las respuestas dadas en dicha diligencia fueron presionadas y producto de la posición dominante de su empleador, *xix)* la liquidación final fue entregada tan solo hasta el 12 de abril de 2019 y no se tuvieron en cuenta factores como comisiones o incentivos que eran pagados en forma continua, *xx)* para el año 1994 no le efectuaron el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

3. ACTUACION DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 27 de mayo de 2019 (fº. 79, archivo 1), correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta ciudad, quien mediante auto del 5 de agosto de 2019 admitió la demanda (fº. 80 archivo 1). Fue así como el demandado a través de su apoderado se notificó personalmente el 29 de agosto de 2019 (fº. 81 archivo 1).

El Banco de Occidente, dio contestación en forma legal y oportuna, aceptando el vínculo contractual que ató a las partes y oponiéndose al restante *petitum*, al estimar que, el contrato de trabajo feneció por el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo para el cual había sido contratado el trabajador y que se encuentran estipuladas en su cláusula sexta, consistente en un faltante de dinero en su caja, sino, que, se “haya recibido dinero por parte de un cliente, por un favor que en todo caso puso en riesgo a la Empresa, pues el actor con su conducta, impidió que mi representada materializara una orden de embargo que le fue comunicada por la DIAN, exponiendo con tal proceder a la imposición de sanciones por parte de la superintendencia financiera”, adoptándose la decisión final después de realizar una investigación interna y diligencia de descargos, no siendo viable el reconocimiento de la reclamada indemnización. Los factores constitutivos de salario fueron tenidos en cuenta a la hora de efectuar la liquidación de prestaciones sociales, demostrándose con ello la buena fe de la empresa, amén que, durante el decurso del vínculo se reconoció siempre los conceptos laborales causados a favor del trabajador (fº. 98 archivo 1).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 19 de octubre de 2020, dispuso (archivo 7)

“PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada Banco de occidente S.A, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante señor Samuel Torres Rivera.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOSCIENTOS MIL PESOS (\$800.000).

TERCERO: En caso de que la sentencia no sea debidamente apelada remítase en el grado jurisdiccional de consulta ante a la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá.”

Arribó a la anterior conclusión, después de indicar que, no existía discrepancia alguna en que a las partes las ató un contrato de trabajo entre el 3 de enero de 1994 y el 8 de marzo de 2019, interregno de tiempo en el que desempeñó varios cargos en la empresa. De la finalización del vínculo, expuso que, *“revisado todo el material probatorio en conjunto, advierte despacho que la conducta desplegada por el demandante Samuel Torres Rivera, frente al manejo del cliente José Eudoro Cifuentes, fue en contravía de las disposiciones impuestas por el empleador, Banco de Occidente, lo cual lo cual se logró establecer por el entonces empleador como resultado de la investigación y las entrevistas realizadas a sus compañeros de trabajo. Aclarándose que si bien la investigación inicialmente fue motivada por un faltante \$500.000 pesos en desarrollo de la misma se evidenciaron manejos irregulares desde diciembre de 2018 por parte del demandante, lo cual, a ser calificado como una falta grave por el empleador, resultó en la terminación del contrato. En este orden de ideas, considera este despacho que el despido efectuado por el empleado el 8 de marzo de 2019 obedeció a una justa causa por la conducta calificada como grave, como lo fue el manejo irregular de los dineros, al no atender el Reglamento interno del trabajo y el código de ética del Banco de Occidente, pues esa conducta es calificada como grave en el contrato de trabajo suscrito de las por las partes, sin que sea dable que el juez califique esa gravedad, toda vez que la misma fue pactada ante las partes”,* en lo tocante a la reliquidación de acreencias laborales, arguyó que, *“...en cuanto al salario tenido en cuenta por la demandada, en el sentido que el demandante manifiesta que no fue efectivamente el salario realmente devengado el despacho, al revisar la correspondiente liquidación se tiene que el Banco indicó como salario básico la suma de \$2.182.973, el que efectivamente devengo el actor, pero para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales, la demandada tuvo en cuenta unos salarios distintos, teniendo una variación en el salario devengado por el actor. Es así que para base para liquidación de las cesantías se tuvo en cuenta la suma de \$2.289.067,¹² para las vacaciones, 2.261.351.⁶⁷ y para la prima de servicios igualmente tuvo el mismo salario establecido para las cesantías de lo que se desprende que la demandada tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por el demandante, ya que no solamente tuvo en cuenta el salario base, devengado, sino los demás factores, devengados por el actor”;* por otro lado, no ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, al estimar que a pesar de haberse terminado el contrato de trabajo el 8 de marzo de 2019 y efectuarse el pago de la liquidación 30 días después, ello obedeció a razones justificables, consistentes en la realización de un estudio de los dineros que pudiera adeudar el trabajador al banco, si existían faltantes de dinero y si el dador de laborío se encontraba a paz y salvo en cartera y bienestar.

Esta Corporación con auto del 15 de marzo de 2021, ordenó la devolución del expediente al juzgado de origen, al no haberse allegado la totalidad de la prueba

testimonial decretada y practicada en primera instancia, a pesar de haberse requerido, siendo, esta información necesaria para desatar la alzada (carpeta 2, archivo 1, fº. 15).

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante interpone recurso de apelación, y sustenta el mismo en tres ejes: el primero el relacionado con la indemnización moratoria; el segundo, la indemnización por despido injusto y el tercero, la reliquidación de prestaciones sociales con base en un rubro que no fue tenido en cuenta.

Con relación a la sanción moratoria, afirmó que al tomar el Banco de Occidente la decisión de terminar el contrato de trabajo debió pagar los salarios y acreencias laborales en forma inmediata, no pudiéndose pregonar una buena fe de la empresa, al tardarse 33 días en efectuar el desembolso causadas a favor del trabajador.

Discrepa de la absolución por despido injusto, pues alegó que la terminación del contrato de trabajo, se originó en primer lugar, por un faltante de \$500.000, del cual se encontró el recibo en la basura, iniciándose la investigación y practicándose prueba de polígrafo a Diana Cantor, sin ser convocado él por esta situación; tampoco se presentó denuncia o querella por ese hecho y no se afectó a ninguna persona con esta situación, por lo que, no existió delito alguno; a pesar de cuestionarse la seguridad del banco y recibirse dádivas o propinas voluntarias, de acuerdo a lo dicho por el gerente y los testigos, sin precisar quiénes, no fueron despedidos, vulnerándose de esta manera el debido proceso e igualdad; los cargos formulados al actor, no fueron expuestos de manera contextualizada, citándolo a descargos, finalizando el día laboral, para el día siguiente; a pesar de estar acompañado con representantes del sindicato, él contestó las preguntas en forma coaccionada y producto de una insinuación; la violación del debido proceso y de defensa consistió en no haberle puesto de presente todos los cargos y conocer las pruebas, pues se mencionaron, pero no se exhibieron en el trámite; atacándose únicamente las motivaciones expuestas en la carta de terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, indicó que los cajeros por llegar temprano y laborar horas extras, le reconocían una bonificación o incentivo, que oscilaba entre \$88.000 y \$100.000 mensuales, debiendo tenerse en cuenta dicho rubro a la hora de efectuar la liquidación respectiva y procediendo de esta manera la reliquidación de las prestaciones.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandada presentó alegatos en esta instancia, solicitando se confirme la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si *i)* la terminación del contrato de trabajo del demandante obedeció a una justa causa o no, *ii)* si se violó el debido proceso al trabajador demandante; *iii)* si las bonificaciones o auxilios pagados a favor del actor, tienen connotación salarial y en consecuencia es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, *iv)* si existe fundamento para fulminar condena por indemnización moratoria por el no pago oportuno de acreencias laborales?.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

1. De la existencia del contrato de trabajo.

No es objeto de discusión que entre las partes existió un vínculo laboral a término indefinido vigente entre el 3 de enero de 1994 y el 8 de marzo de 2019, en virtud del cual el accionante desempeñó como último cargo el de cajero principal; tal como se establece con el contrato de trabajo, carta de terminación, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales y certificación laboral; así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda; supuestos

fácticos establecidos en primera instancia (fº. 19-20, 49, 50, 54; 153-156 del archivo 1).

2. De la terminación del contrato de trabajo

El apelante en síntesis, aduce que su despido fue injusto por las siguientes razones: *i)* no se le practicó la prueba de polígrafo, dentro de la investigación por el faltante de los \$500.000 mil pesos, mientras que a Diana Cantor sí; *ii)* se omitió presentar denuncia o querrela por el faltante del dinero; *iii)* no se afectó a ninguna persona por este hecho; *iv)* se cuestiona la seguridad del banco, pero no se acredita quienes más fueron despedidos; *v)* los cargos formulados no fueron expuestos de manera contextualizada, a pesar de estar acompañado con representantes del sindicato, contestó las preguntas en forma coaccionada y producto de una insinuación; *vi)* no se puso de presente todos los cargos y las pruebas, pues se mencionaron, pero no se exhibieron en el trámite.

No es motivo de discusión el hecho del despido. La disputa se suscita, en primer lugar, frente a los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, si se encuentran acreditados en el presente proceso y si constituyen justa causa para dar por terminado el vínculo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

Pues bien, en el caso de autos, la determinación del Banco de Occidente S.A., de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 8 de marzo de 2018; allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes (fº. 50 y 550 del archivo 1):

1. La Dirección de Seguridad Bancaria presentó a la División de Gestión Humana Bogotá los resultados de la investigación administrativa adelantada en la Oficina el Dorado por el faltante de efectivo que usted presentó en caja por valor de \$500.000.00 el 09 de Enero de 2019, y en el proceso de investigación se evidenció que usted omitió sus funciones, omitió los procesos y procedimientos definidos por el Banco para el desempeño de su cargo en particular en las transacciones irregulares que usted realizó con el cliente JOSE CIFUENTES, en las cuales se resaltan las siguientes:

- Omisión de los procesos, procedimientos y políticas de seguridad con el efectivo asignado bajo su control y responsabilidad.
- Uso y disposición irregular de la información financiera.
- Riesgos legales y comerciales ante terceros, entidades de control externo y/o instituciones gubernamentales Irregularidades en los procesos y relación comercial con los clientes, al realizar maniobras para que no le fueran embargados los recursos económicos que consignaban en la cuenta.
- Extralimitación de funciones y atribuciones.
- Omisión de las políticas y manejo de filas.
- Omisión en las políticas de conflictos de interés, entre otros.

2. En ese sentido, en la diligencia de descargos de fecha 08 de marzo de 2019, le fueron puestos de presente los hechos que dieron lugar al proceso disciplinario y se le trasladaron y pusieron en conocimiento los documentos e información que soportaba la diligencia, expresándole las respectivas garantías procesales y constitucionales. Diligencia en la cual usted aceptó y reconoció haber incumplido con sus obligaciones y responsabilidades laborales que tiene con el Banco, bajo los siguientes términos:

- a) Cuando se le preguntó que informara que es un talonario de ahorros, que contiene para qué sirve, quien lo debe custodiar y en dónde, usted manifestó: "Es el medio para realizar retiro de las cuentas de ahorros. Contiene el desprendible del Banco y la colilla del cliente. El talonario es para realizar los

retiros de efectivo o solicitud de cheques de gerencia de las cuentas. La custodia debe ser del cliente. Como el talonario lo maneja el cliente, lo puede mantener en cualquier sitio". Adicionalmente, cuando se le preguntó cuando se hace un retiro de una cuenta de ahorros que políticas existen para los retiros de mayor valor, y usted contestó "los de mayor valor, se hace la confirmación telefónica si es un tercero, así lleve la cédula del cliente y requiere del visto bueno del Director de Servicios (...) El mayor valor si no me equivoco está en \$7.200.000. este año no he visto la actualización de la tabla de valores.". De igual forma se le preguntó cuál era el proceso y procedimiento para retiro con talonario con el cliente y con un tercero y usted expresó el procedimiento establecido por el Banco.

- b) En este sentido se le indagó que era un embargo, cuál era la finalidad y consecuencias negativas tiene para el Banco no cumplir con el requerimiento, a lo que usted contestó: **"Es un proceso que le cae a determinadas personas, por deudas o incumplimientos a obligaciones. Las personas naturales y jurídicas pueden solicitarlo. El embargo lo decreta tengo entendido que un juzgado o estamentos oficiales. Captar la obligación pendiente que tenga la empresa". "Pienso que una demanda hacia el Banco y perdida."**
- c) Se le indagó si Usted era consciente que el Banco y en el código de ética tiene prohibido a los empleados aceptar regalos, efectivo que comprometan la libertad comercial o decisiones del empleado y del Banco. En este sentido informar y no mantener ocultos conflictos de interés, a lo que usted expresó: **"sí", "si", "sí"**.
- d) Así mismo se le indago si para el cargo que le fue asignado por el Banco y como líder en los procesos en caja requiere de una estricta rigurosidad, confiabilidad en la aplicación y cumplimiento de los procesos, procedimientos, políticas, principios y valores definidos por el Banco en los procesos y procedimientos que le fueron asignados. Usted respondió: **"Sí"**

Manifestaciones de los literales a, b, c y d, que evidencian que usted como Cajero Principal, como líder de los procesos y procedimientos en caja conoce perfectamente los procedimientos y políticas establecidos por el Banco para el desempeño de sus funciones y sin embargo para los hechos irregulares conocidos no dio cumplimiento a los mismos.

De otra parte, se le preguntó si conocía cuál fue el motivo por el cual fue llamado a diligencia de descargos usted manifestó "Sí" y expreso los hechos presentados, de los cuales nos permitimos subrayar los incumplimientos evidenciados, así: **Sí. "(...) Con respecto al cliente Jose Cifuentes, informo que es un cliente el cual distingo hace cuatro años, ya que es una persona que frecuentaba la oficina y asistía con regularidad a realizar su transacción... Aproximadamente en el mes de septiembre de 2018... me solicita insistentemente el favor de colaborar con los movimientos de sus cuentas bajo instrucciones dadas por el mismo, le informo que para esto es mejor una persona autorizada por él, a lo que me responde que no la tiene... que para esto me dejaba tres colillas del talonario firmadas y me daría instrucciones de cómo podría colaborarles, siendo algo temporal decido colaborar siempre y cuando me dejase firmado los desprendibles dejando en claro que todos los que se utilizaron fueron firmados por él.**

Al igual que los movimientos que se hicieron en su totalidad fueron por instrucción y bajo conocimiento de él.

Reconozco mi error y quiero dejar en claro, que los recursos o fondos disponibles en dichas cuentas, no los utilice en ningún momento para beneficio personal, siempre se realizaron bajo instrucciones dadas por parte del cliente Jose Cifuentes.

El cliente Jose Cifuentes nos daba unas propinas en ocasiones, los valores dependían el valor que le caía a la cuenta, haciendo un ponderado quincenal recibía unos \$80.000 aproximadamente.

Respuesta que denotan un claro incumplimiento de sus obligaciones laborales, pues desde un principio usted debió haberle manifestado al cliente que no tenía facultades ni atribuciones para administrarle los talonarios para el retiro de efectivo y diligenciamiento de su parte, de igual forma usted incumplió negligentemente y gravemente la prohibición de recibir dinero de los clientes como retribución de sus funciones y transacciones irregulares que no estaban autorizadas por el Banco. De igual forma no declaró el conflicto de intereses de acuerdo al manual, no debió recibir los talonarios y no debió recibir efectivo de los clientes.

- e) Cuando se le pregunto desde que fecha conocía que la cuenta de la cual estaba realizando el retiro irregular estaba embargada y si el valor del embargo influía para el tratamiento con los clientes, usted manifestó: **"Como desde octubre o principios de noviembre de 2018", "para todas es igual",** por este motivo se le pregunto porque procedio a realizar estos retiros de efectivo de una cuenta embargada de forma irregular y manifestó: **"Era por la colaboración con el cliente,"** reconociendo que omitió los procesos, procedimientos políticos y manuales solo por colaborar al cliente y expreso: **"Si reconozco el error". Y si le habia informado a su jefe inmediato, usted dijo: "No."** Y cual fue el motivo por el cual no le informo a su jefe, a lo que usted expreso: **"Por ser un favor temporal que se le hacia al señor Jose Cifuentes".**

Lo anterior, denota una conducta negligente y omisiva frente a la forma como desarrolla sus funciones, pues teniendo la experiencia y conocimiento de sus obligaciones y deberes incumplió gravemente con los procedimientos y manuales establecidos por el Banco.

- f) En este sentido se le preguntó cuales fueron sus omisiones laborales, usted contestó: **"Custodiarle los talonarios, el vo.bo para el pago de un mayor valor, recibirle el efectivo como retribución."**
- g) Y finalmente cuando se le preguntó si es Usted consciente que con su conducta se estaba incumpliendo las políticas y manuales de conflictos de interés con terceros, usted contestó: **"Sí"**. De igual forma se le preguntó si consideraba que con su conducta incumplió el Código de Ética y Conducta del Banco, en especial el Principio de Lealtad y honestidad, el cual reza: **"...Se debe ser consecuente con las políticas y normas que regulan todas las actividades desarrolladas por el**

Banco. ¿actuando con transparencia, rectitud, responsabilidad y profesionalismo" usted manifestó: **"He faltado solo en esta ocasión (...)"** de igual forma se le preguntó si con esta conducta había incumplido las políticas y reglamentos del Banco usted expuso: **"algunos"**.

Sus respuestas denotan una conducta negligente y omisiva frente a la forma como desarrolla sus funciones, pues teniendo la experiencia y conocimiento de sus obligaciones y deberes incumplió gravemente con los procedimientos y manuales establecidos por el Banco.

- h) Conforme con lo anterior, Usted incumplió con sus obligaciones laborales como trabajador y omitió los procedimientos establecidos por el Banco para el desarrollo de su cargo, lo que denota claramente un acto negligente y de indisciplina de su parte, por lo que dicha situación no puede ser tolerada por el Banco, pues su conducta pone en riesgo la operación y reputación del Banco.

De conformidad con los hechos anteriormente señalados, y teniendo en cuenta que incumplió sus obligaciones laborales, contractuales procedimientos establecidos por el Banco y que son por Usted conocidos con antelación, se evidenció una conducta negligente, omisiva e indisciplinada respecto de la forma en que Usted ejecuta sus funciones, por lo que dieron lugar al proceso disciplinario, por lo cual, el Banco ha perdido la confianza depositada en Usted, la cual resulta de vital importancia, en cargos como el suyo, los cuales requieren de una persona que respete y cumpla con los requerimientos mínimos del Banco y que cumpla de forma cabal y oportuna con sus obligaciones laborales contractuales. »

Así mismo señala que la decisión se cimentó en las justas causas contempladas en los numerales 1° y 5° del artículo 58 y el numeral 6° del literal a) del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965 norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. El Reglamento Interno de Trabajo, el Código de Ética y Conducta, el Manual de Conflicto de intereses (Man-apy-120) y su contrato de trabajo.

El artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla las obligaciones de los trabajadores y en lo tocante a los numerales, considerados transgredidos, exponen:

"1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

(...)

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios"

A su turno, el artículo 62 de la preceptiva legal en comento, estipula las justas causas para dar por terminado el contrato, debiendo traerse a colación el numeral alegado por el empleador a la hora de finalizar el vínculo contractual, que a la letra señala, *"cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos"*.

Corresponde entonces entrar a determinar si la sociedad accionada, a quien le correspondía el deber de probar las justas causas que alegó en su oportunidad

para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

Fabio Manuel Guzmán Rojas, en calidad de representante legal de la sociedad demandada, manifestó que, al presentarse irregularidades en la operación y dependiendo de la gravedad de los hechos, se acude al área de seguridad para que realice la respectiva investigación. Del análisis de los eventos, entra el área de recursos humanos a valorar y llevar el debido proceso, dándole la opción al trabajador para que ejerza su derecho de defensa y contradicción, se le cita a la diligencia y que allí exponga las argumentaciones frente a los hechos acaecidos, además, puede solicitar pruebas y conforme a ello, se toma la decisión administrativa correspondiente. En lo tocante al fenecimiento del vínculo contractual, indicó que, el 9 de enero de 2019 se presentó un descuadre de caja por valor de \$500.000, el director de la oficina intentó aclarar lo sucedido y para ello, revisó los videos de la sucursal, pero no encontró justificación a este faltante, por lo que, el 31 de enero, solicitó a la dependencia de seguridad le colaborara a aclarar la situación, fue así, como se revisó nuevamente los medios magnetofónicos, pero, tampoco avizó de dónde provenía esta disparidad, procediendo a indagar de esta situación a los funcionarios, donde uno de ellos indicó, que el 24 de diciembre del año anterior también se había presentado una situación similar, pero por un valor de \$1.700.000 frente a un cliente llamado José Eudoro Cifuentes, encontrándose \$1.300.000 en la sala de recuento y cuando se indagó por el resto del dinero, el demandante dijo que los tenía en el bolsillo, generando esta situación inquietud en el personal de seguridad, con ese cliente. Fue así como, se empezó a investigar al usuario, encontrando que tenía varias cuentas abiertas en la entidad financiera y una de ellas, presentaba registro de embargo por la DIAN, pero, al ir a fondo en la indagación, también se encontró que, el actor se puso de acuerdo con el mencionado usuario para realizar operaciones irregulares y de esta manera evadir la medida cautelar, consistente estas, en que, el titular de la cuenta, firmó comprobantes del talonario, se los entregó a Samuel Torres Rivera y este los guardaba en su escritorio y cuando era depositado dinero en la cuenta, el ex trabajador se comprometía a retirar los recursos de manera inmediata y transferir el dinero a otra cuenta o se los entregaba a un tercero que enviaba el cliente, recibiendo el demandante por este actuar, de manera quincenal entre

de \$80.000 y \$100.000, no pudiendo materializarse la orden de la entidad por un interregno de tiempo. Por otro lado, se halló que, el dador de laborío, atendía a personas que no habían hecho la fila en la sucursal, irrespetando a los demás usuarios que allí se encontraban y esperaban ser atendidos, siendo estos motivos, suficientes para citar a descargos a Samuel Torres Rivera, quien, en la respectiva diligencia, estuvo acompañado de dos integrantes del sindicato, se le pusieron en conocimiento las pruebas recaudadas, tales como talonarios, citación, declaración del mismo citado y del área de seguridad, aceptando los hechos puestos en su conocimiento, agregando que el cliente le daba dinero, que hacía transferencia de una a otra cuenta de José Eudoro Cifuentes o a una persona que él autorizara, siendo motivos suficientes para dar por terminado el contrato de trabajo. Además, fue enfático en señalar que el Código de Conducta del banco tiene prohibido recibir dádivas, regalos que alteren la imparcialidad del trabajador y en el caso del promotor del litigio, este había recibido dinero por espacio entre 4 o 5 meses consecutivos, alterando con esto no solo sus funciones con el empleador, sino que también su responsabilidad con el Estado, poniendo en riesgo, legal, comercial y económicamente a la entidad financiera al no acatar una orden de embargo expedida por la DIAN.

A su turno, el **demandante**, acepta que para el 9 de enero de 2019 se presentó un descuadre en la caja por \$500.000, dándose paso a la investigación y en ella, se encontró que Diana Cantor – cajera auxiliar había cometido una serie de irregularidades en el proceso de traslado de dinero, fuera del horario y sin entregar el soporte físico de este, sin embargo, con posterioridad el aludido documento se halló en una de las cajas de la oficina, pero nunca se demostró que él haya omitido el cumplimiento de procesos definidos por la entidad financiera. En su sentir, la investigación se desvió, al iniciar esta, por el faltante aludido y pasarse a revisar la situación presentada con el señor Cifuentes, la cual se limitó a colaborarle por espacio de 2 meses, consistiendo dicha ayuda en realizar retiros de la cuenta, ya que él no tenía una persona de confianza que pudiera efectuar esta diligencia, además desconfiaba del transporte de dinero de la oficina a la casa y se encontraba laborando, propuesta a la que, inicialmente se negó, pero fue tanta la insistencia que, terminó aceptando, siendo consciente que, con ello incumplía con las políticas, manuales y reglamentos del Banco y del embargo, expuso que, se enteró de este con posterioridad. Resalta que, el procedimiento idóneo es, recibir la orden de

embargo e inmediatamente bloquear la cuenta para hacer el desvío de los recursos hacia el pago de la cautela decretada, siendo esta labor ajena a la función de los cajeros al momento de encontrarse el cliente en caja. Esgrimió que le fue entregada la citación a descargos el 7 de marzo, al finalizar su jornada laboral, sin que viniese acompañado este documento con las pruebas recaudadas en el decurso de la investigación, para poder ejercer su derecho de defensa. En la audiencia del 8 de marzo estuvieron presentes 2 representantes sindicales y allí aceptó el procedimiento que se había realizado con el señor Eudoro Cifuentes, pero lo expuesto en dicha diligencia fue producto de la presión a la que se vio expuesto al verse solo con cuatro personas y estar realizándole preguntas de alguna manera “coactivas” para que aceptara o dijera lo que ellos querían escuchar. Al auscultársele sobre el monto retirado de la cuenta del cliente, dijo no recordarlo.

Diana Silva Mojica en calidad de directora de red de oficinas del Banco de Occidente S.A., expuso que, la finalización del vínculo laboral acaeció al avizorarse varias irregularidades en los procesos operativos que estaban a cargo del demandante, específicamente, por la entrega de información de saldos de una cuenta de un cliente que tenía registrado un embargo, pudiendo retirar este los dineros antes que alcanzaran los topes de inembargabilidad. Por otro lado, se encontró en su poder, el medio de retiro del cliente (talonario de ahorros), el cual había sido firmado por José Eudoro, pero sin diligenciamiento alguno, realizándose el retiro de la cuenta con formatos diligenciados por el actor y transferidos a otra cuenta del mismo cliente. De la cuenta objeto de medida cautelar expuso que, esta se encontraba abierta a nombre de la persona natural, debiendo aplicarse los montos de inembargabilidad y al pedírsele información más concreta respecto a las consultas y retiros realizados por el ex trabajador en la aludida cuenta, fue clara en indicar que, se hicieron más de 500 consultas y retiros por una suma superior a los \$200.000.000, además, se había podido comprobar que el actor había comunicado al titular de la cuenta de los saldos que tenía, para que este pudiera retirar dinero. Respecto a la atención que se debía brindar en las instalaciones de la entidad, precisó que, esta se prestaba de acuerdo al orden de llegada, sin embargo, el actor atendía a José Cifuentes directamente en la caja, sin cumplir con este requisito, recalcando que, los empleados de la entidad no pueden tener o custodiar documentos de usuarios, pues, estos deben asistir directamente a hacer sus diligencias.

Nelson Eduardo Cortes, abogado del área de talento humano en administración de personal, conoció al actor cuando se presentó un proceso de investigación de seguridad y disciplinario, donde el área de seguridad evidenció una serie de irregularidades con unos dineros que se estaban retirando de una cuenta que tenía registrado un embargo de la DIAN, además, que se realizaban consultas en forma reiterada y posteriormente le informaban al titular de la cuenta, sin estar presente en el banco, resaltando que el cajero principal (demandante) y la cajera de horario adicional, tenían en su poder, talonarios de la cuenta de José Cifuentes, y retiraban dinero, evitando de esta manera que se embargaran los rubros allí depositados, las situaciones expuestas se acreditaron con las cámaras de seguridad, en donde se veía que él abría el cajón, retiraba el talonario y lo diligenciaba, aceptando esta situación en la diligencia de descargos, agregó que está prohibido por el banco, tener este tipo de documentos de los clientes, ya que esto mitiga los riesgos que se pueden ocasionar a futuro en el tema de pérdidas económicas y conflicto de intereses. Por lo expuesto por el mismo actor, el cliente le dejaba firmado los documentos para que él pudiera realizar el retiro antes de que se hiciera efectivo por cuenta de la medida registrada, pero que se encuentra restringida la manipulación de este tipo de documentos por personas diferentes a los titulares de las cuentas, sin informar. De la diligencia de descargos expuso que, se realizó en presencia de dos representantes del sindicato al cual se encontraba afiliado el ex trabajador y se exhibieron las pruebas que se recaudaron en el trámite investigativo, brindando siempre al investigado un espacio tranquilo para dar sus respuestas, permitiendo que se retirara al baño, tomara líquido, brindando todas las garantías, por ello, el dador de laborío no presentó ninguna oposición, ni durante, ni con posterioridad a la respectiva diligencia, suscribiendo el acta sin ningún inconveniente.

Por otro lado, de la prueba documental tenemos lo siguiente;

En el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 3 de enero de 1994, se estipuló en el numeral sexto, como justas causas para terminar el vínculo laboral las siguientes (fº: 19 del archivo 1).

“Los contratantes señalan como justas causas para dar por terminado unilateralmente en cualquier tiempo el presente contrato de trabajo, además de

las establecidas por el Artículo 7°. Del Decreto 2351 de 1965, disposiciones reglamentarias y reglamento interno de trabajo, las siguientes faltas en que incurriere **El Trabajador, que de común acuerdo se califican como graves, cuyo acaecimiento no dará lugar a indemnización alguna en favor del Trabajador:** A.) El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones especiales establecidas por el Artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo; B.) La realización de actividades en contravención a órdenes superiores o de reglamento, de carácter culposos; negligente, omisivo o doloso que atenten o incidan negativamente contra los intereses del Patrono o de terceros; (...) G). La extralimitación de funciones que afecten o pongan en peligro los intereses del Patrono; H.) La violación de la reserva de aspectos confidenciales puestos bajo la responsabilidad del Trabajador o conocidos por éste en razón a su cargo; I.) La realización de actos que en cualquier forma entorpezcan o incidan negativamente en el normal desarrollo de las actividades patronales o en perjuicio de terceros; J.) La aceptación o solicitud de dádivas o créditos por parte del Trabajador a clientes del Banco o a terceros, a cambio de tratamientos o servicios especiales; (...) **O.)** El uso indebido por acción, omisión, error, negligencia o descuido de la firma autorizada, que incida negativamente contra los intereses del Banco o los ponga en peligro.”

Héctor Oswaldo Arias Hernández, el 1 de marzo de 2019, concluyó en su informe que, Diana Carolina Cantor, quien ostentaba el cargo de cajera timbró el traslado de caja auxiliar a caja principal el valor de \$500.000, sin entregar el efectivo o comprobante de traslado, dejando el documento junto a la caja del cajero principal y por error tomó la tirilla y junto con otros papeles los arrojó a la caneca de la basura, sin embargo, en el transcurso de la jornada, la empleada había realizado la entrega de efectivo a Samuel Torres en cinco oportunidades y al tenerse la mala costumbre de prestarse dinero para completar valores a pagar o intercambiar dinero para armar fajos sin registro contable hacía imposible determinar el origen del faltante de dinero. Se halló que, Samuel Torres Rivera y Brigitte Torres recibían una retribución o pago quincenal de \$100.000, “durante seis meses trabajaron para el señor José Eudoro Cifuentes Castillo, Representante Legal y propietario de la empresa MADERAS DE LA SABANA JC SAS, , realizando sobre la cuenta 225-828300, de la cual es titular y que se encontraba embargada por la DIAN, consultas diarias de saldo y retiros de dineros que luego eran consignados en otra cuenta de la empresa citada o se los entregaban a un mensajero. Todo lo anterior para evitar que el Banco debitará los fondos que excedieran el saldo de inembargabilidad y colocar a disposición de la DIAN”, además, que, cuatro funcionarios del banco, a pesar de tener conocimiento de las llamadas que atendían los cajeros principales o que manejaban el talonario del cliente no

informaron de ello a su superior ni a la línea de ética, por lo que, no se pudo determinar con anterioridad la inconsistencia (fl°. 495)

En la diligencia de descargos, rendida por el demandante, este indicó lo siguiente (f°. 538-549):

“21) Que riesgos considera que existen para el Banco, cuando un funcionario en representación del Banco custodia en su poder documentos, títulos valores, adquiriendo compromisos y responsabilidades que no están asignadas al cargo, sin la autorización expresa del Banco.

Un riesgo directo para el Banco no lo tendría, tendría un riesgo personal. El riesgo lo esta asumiendo la persona que se hace cargo del título valor.

22) Es usted consciente que el Banco en el código de ética prohíbe a los empleados aceptar regalos, favores de clientes, que comprometan la libertad comercial o decisiones del empleado y del Banco.

Si

23) Es usted consciente que el Banco en el Código de ética expresa la prohibición de mantener ocultos conflictos de interés (propios o de terceros), sin reportar en su oportunidad la situación presentada

Si

24) Es usted consciente que los empleados del Banco no pueden recibir efectivo, cheques, tarjetas débito, títulos valores o cualquier otro documento que pueda ser convertible en dinero, lo cual compromete su independencia profesional.

Si

28) ¿Conoce usted el motivo por el cual fue llamado a diligencia de descargos? En caso afirmativo explique en forma detallada los hechos que originaron la presente diligencia.

Si. Todo se inicio el día 09 de enero de 2019, cuando presente un descuadre de \$500.000 el descuadre corresponde a un traslado efectuado por una cajera auxiliar Diana Carolina Cantor, del cual no me entrego el efectivo, la situación es reportada a seguridad soportándola con videos de los momentos en que ella dice que me hizo efectivo la entrega del dinero.

Al entrar ella en el proceso de investigación le da un vuelco a esa situación, informando otras situaciones que no tienen relación con los \$500.000.

La investigación no me pareció imparcial por parte del departamento de seguridad, ya que la exoneran con una prueba de polígrafo, de la cual a mi no me la efectuaron, y proceden a darle curso a otra investigación la cual fue creada de acuerdo con lo que ella reportó para tergiversar la investigación inicial.

Con respecto al cliente Jose Cifuentes, informo que es un cliente el cual distingo hace cuatro años, ya que es una persona que frecuentaba la oficina y asistía con regularidad a realizar su transacción es normalmente luego al no poder asistir constantemente a realizar sus transacciones enviaba a una persona de confianza para que lo hiciera debidamente autorizado con los documentos requeridos y todo lo necesario para darle trámite normal al proceso.

Aproximadamente en el mes de septiembre de 2018, al quedarse sin colaboradores de confianza y no poder asistir por razones personales a la oficina, me solicita insistentemente el favor de colaborar con los movimientos de sus cuentas bajo instrucciones dadas por el mismo, le informo que para esto es mejor una persona autorizada por él, a lo que me responde que no la tiene, que sólo dispone de un colaborador que no sabe escribir y que por favor le ayude, que para esto me dejaba tres colillas del talonario firmadas y me daría instrucciones de cómo podría colaborarles, siendo algo temporal decido colaborar siempre y cuando me dejase firmado los desprendibles dejando en claro que todos los que se utilizaron fueron firmados por él.

Al igual que los movimientos que se hicieron en su totalidad fueron por instrucción y bajo conocimiento de él.

La instrucción principal que daba era realizar un traslado de la cuenta 225-82830-0 la cual tiene unos débitos automáticos y le afectaban.

Tomando una instrucción por parte de él se realizaba el retiro y se consignaba a la cuenta 225-84606-2, la cual era administrada por el mismo y algunas veces se le entregaba efectivo a la persona autorizada por el, para efectos de pagos pendientes de su empresa.

Varias ocasiones la persona que el autorizaba pasaba largas jornadas en espera, a que los traslados y retiros se realizaran para llevar los soportes correspondientes, de esta manera se colabroaba con el cliente en referencia.

Reconozco mi error y quiero dejar en claro, que los recursos o fondos disponibles en dichas cuentas, no los utilice en ningún momento para beneficio personal, siempre se realizaron bajo instrucciones dadas por parte del cliente José Cifuentes.

El cliente Jose Cifuentes nos daba unas propias en ocasiones, los valores dependían el valor que le caía a la cuenta, haciendo un ponderado quincenal recibía unos \$80.000 aproximadamente.” (sic).

Posteriormente expuso que, se enteró que la cuenta del cliente se encontraba embargada “desde octubre o principios de noviembre de 2018” y procedió a hablar con Brigitte, encontrando que el embargo era de telefonía y por un monto pequeño, equivalente a \$380.000 y por colaborar al cliente (temporalmente) efectuó los tramites, aceptando y reconociendo que con ello, no aplicó los

procesos, procedimientos y políticas establecidas por el empleador y sin comunicarle a su jefe inmediato de la situación (pregunta 36 a 40).

Siendo importante destacar que en la pregunta 41, se le indagó lo siguiente;

“Según los registros del Banco de acuerdo con el informe de seguridad, entre septiembre de 2018 y enero de 2019, en la cuenta embargada No 225-828300 del cliente Jose Cifuentes se realizaron un total de 1124 consultas, registros los cuales no son normales dentro de una cuenta embargada y retiros por un valor de \$332.219.000, de los cuales usted realizo retiros de efectivo por valor de \$273.079.000, con su usuario. Que tiene que decirnos al respecto.

No sabia que era toda esa suma. La situación no es normal, la verdad no llevaba control de cuanto podía estar retirando”

Al pedirle un informe sobre los talonarios 641104, 641418, 641405 y 641407, reveló que, efectuó el pago de las sumas allí referenciadas y entregó el dinero a la persona autorizada, por José Cifuentes, según las instrucciones dadas de manera verbal, pasando por alto, que cuando el monto a retirar supera los \$7.200.000 debía pedir autorización del director de servicios, por otro lado, aceptó que el diligenciamiento de los talonarios fue realizado por él mismo y por la gestión, recibió \$500.000 aproximadamente. Al preguntársele cuáles habían sido las omisiones cometidas con el pluricitado cliente, este indicó *“Custodiarle los talonarios, el vo.bo. para el pago de un mayor valor, recibirle el efectivo como retribución”* (pregunta 67).

Se acopiaron a folio 522, 523, 526, 528 y siguientes copias de talonarios n°. 641407, por valor de \$3.950.000; 641418 por valor de \$6.180.000; 641405 por \$1.500.000; 641404 por \$9.900.000, que suman un total de \$21.530.000 y autorización de retiro a terceros a Henry Delgado Nuñez (f°. 524, 525, 527, 529).

De acuerdo con el art. 44 del Reglamento Interno de Trabajo, son deberes generales de los trabajadores de la entidad financiera, los siguientes: (fl° 275)

“8) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de LA EMPRESA.

10) Actuar con honestidad y exponer las situaciones propias e inherentes a la relación laboral con total transparencia y veracidad.

17) Acatar y respetar en su integridad todas las políticas establecidas por la Compañía, así como las demás normas y procedimientos internos de LA EMPRESA.”

A su turno, el artículo 49, señala como obligaciones generales de los trabajadores, en el numeral 4, *“cumplir con las disposiciones legales sobre el manejo de base de datos, las cuales no podrán manipularse para efectos distintos a los señalados en la ley”*, encontrándose en el artículo 50 las obligaciones especiales, así.

“6) Cumplir con las medidas y políticas de Seguridad Bancaria y de la información establecidas por el Banco.

9. Respetar y observar estrictamente los preceptos del Reglamento Interno del Trabajo y del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo

21. Acatar y cumplir las instrucciones y procedimientos que determine LA EMPRESA en forma general o particular...”

A renglón seguido se encuentran las prohibiciones de los trabajadores:

“3) Exigir o aceptar dinero o cualquier tipo de preventas de otros funcionarios o de clientes como gratificación para que se realicen trabajos requeridos.

12) Ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, la de sus compañeros de trabajo, la de LA EMPRESA o de la de terceras personas, o que amenace o perjudique las máquinas, los elementos o el establecimiento, o lugar donde trabaja.

21) Recibir y/o asignar regalos, premios o sovenir incumpliendo las Políticas y Procedimientos establecido por LA EMPRESA.

27) Retirar de los archivos u oficinas documentos, información o elementos, o dar a conocer cualquier documento o información sin autorización expresa para ello, por cualquier medio.”

A su turno, el Código de Ética, establece unas situaciones particulares, que se encuentran prohibidas por el Banco de Occidente, en el literal 3.8 (fº. 307):

“d. No se debe insinuar a los clientes o usuarios el fraccionamiento de operaciones en efectivo, con el fin de eludir los controles establecidos.

e. No se debe Informar a los clientes sobre gestiones administrativas o judiciales que adelanten en su contra por parte de las autoridades competentes, o los estamentos de control del Banco.

f. No debe existir retardo u omisión de funciones asignadas, por negligencia o arbitrariedad comprobada “A sabiendas de que no lo debe hacer, lo hace y viceversa.”

i. No se debe facilitar, promover o ejecutar cualquier práctica que tenga como propósito u efecto la evasión fiscal.

j. No se debe aceptar regalos ni favores de clientes y contrapartes internas o externas que comprometan la libertad comercial o decisiones del empleado y del Banco.

o. No se debe mantener ocultos conflictos de interés (propios o de terceros), sin reportar oportunamente la situación presentada”

En aras de no comprometer la honestidad e integridad de la entidad financiera, se estableció una política antifraude, en el literal 4.1., *“se hace uso indebido de los recursos del Banco y se comete fraude cuando intencionalmente oculta, altera, falsifica u omite información en beneficio propio o en beneficio de otros. El fraude puede estar motivado por la posibilidad de obtener algo de valor (como el cumplimiento con un objetivo de desempeño o la obtención de un pago) o para evitar consecuencias negativas (como disciplina)”*, relacionando como ejemplos de la situación, el hurto, estafa, abuso de confianza, desviación o uso indebido de información privilegiada, malversación de bienes y fondos y falsedad en documento.

En el Manual de conflictos de intereses y manejo de información privilegiada, emitido el 11 de enero de 2019, se definió dicho concepto de la siguiente manera *“Los conflictos de interés surgen cuando un directivo, o empleado de la institución, obrando en su propio nombre o en representación de otra (apoderado de persona natural o jurídica), se ve directa o indirectamente envuelto en una situación de conflicto porque prevalecen en él intereses particulares por encima de los intereses de la institución y de sus obligaciones laborales y sociales. Hay también un conflicto de interés cuando una persona pretende obtener una ventaja material, o de cualquier índole, teniendo la opción de decidir entre el deber y el interés creado, o cuando una persona busca renunciar a sus deberes como contraprestación de alguna prebenda”*.

En el ordinal 2.2.1.1. se enlistan unas de las conductas relacionadas con este tipo de situaciones, precisando que, no se debe desplegar un actuar en beneficio de un tercero, sin tener autorización expresa de la Junta Directiva, además, el trato a los clientes debe prestarse en beneficio del banco y si existe algún negocio en el que medie el interés del trabajador, esta situación debe dársele a conocer a su empleador, absteniéndose de recibir dinero, regalos, atenciones y tratos preferenciales por la gestión realizada (fº. 343).

Por lo reseñado, no cabe duda para la Sala la ocurrencia de los hechos señalados por la pasiva en la carta de terminación del contrato de trabajo, las cuales estaban catalogadas como faltas graves en el reglamento interno de trabajo. Como se ha definido jurisprudencialmente, es permitido que las partes

del contrato de trabajo acuerden que determinadas faltas se consideren graves, al punto que sea descrita como justa causa de despido, calificación que el juez no puede desconocer (CSJ SL499-2013).

En la diligencia de descargos el actor aceptó que había omitido el cumplimiento de protocolos y medidas de seguridad, así como custodiar y diligenciar documentos exclusivos del cliente y realizar retiros de dicha cuenta, la cual sea de paso advertir, tenía registrado un embargo y entregar los valores a un tercero o transferirlos a otra cuenta del cliente, sin dar una razón valedera del porqué efectuó dicha gestión, sin que el titular de la cuenta se presentara a la sucursal, siendo reiterativo en que, este fue por una “colaboración” que hacía a aquel, al no contar con una persona de confianza que pudiera desplegar esta labor.

En el sub examine, no hay duda para la Sala que el accionante incurrió en una conducta indecorosa, reprochable y de malos tratamientos contra su empleador, que, aunque no se materializó en una sanción o investigación por los entes de control, ello no es óbice para desconocer los protocolos puestos en su conocimiento, máxime que él era consciente que la cuenta objeto de retiro de dinero, tenía registrada una medida cautelar. En consecuencia, ante la existencia objetiva del hecho que configura la justa causa, el empleador podía proceder al despido, como efectivamente lo hizo.

3. ¿Se violó el debido proceso al trabajador demandante?

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral, ha reiterado que el despido no tiene carácter sancionatorio, de tal manera que, para adoptar una decisión de tal índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo y que, en los casos de la causal 3ª del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa (CSJ SL 339-2023, SL1981-2019, reiterada en CSJ SL2351-2020, CSJ SL679-2021 y CSJ SL496-2021).

En el caso a estudio, en el capítulo XVI del Reglamento, se consagran las escalas de faltas y sanciones disciplinarias, previo a la gestión del proceso disciplinario, el cual debe adelantarse (fº. 275);

“1) Se adelantará una investigación administrativa previa sobre los hechos que dan origen a la presunción sobre la comisión de una falta disciplinaria por parte el trabajador.

2) El Banco antes de imponer cualquier sanción a un trabajador consistente en la suspensión del contrato o los llamados de atención, deberá solicitarle explicaciones por escrito o en su defecto oírlo en presencia de dos (2) compañeros de trabajo, en el caso que no se encuentre afiliado a ninguna organización sindical, o dos (2) representantes de la organización sindical a la cual pertenezca.

3) LA EMPRESA tomará las decisiones a que haya lugar, dependiendo del análisis objetivo que haga respecto a la conducta del trabajador y al impacto de la misma en LA EMPRESA.

4. En todo caso LA EMPRESA dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de imponer o no, la sanción definitiva.

5) No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 115)”

No hay una disposición que establezca un procedimiento para dar por terminado el vínculo laboral.

Ahora bien, el recurrente cuestiona que los cargos formulados no fueron expuestos de manera contextualizada, a pesar de estar acompañado con representantes del sindicato, contestó las preguntas en forma coaccionada y producto de una insinuación; y no se puso de presente todos los cargos y las pruebas, pues se mencionaron, pero no se exhibieron en el trámite. Sin embargo, tales apreciaciones no tienen asidero ni alcance de derrumbar la justeza del despido, como quiera que nuestra máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, tiene adoctrinado que la citación a descargos no es un requerimiento formal inexcusable en todas las causales de justa causa, no es un requisito previsto en la ley, y se ha referido frente al derecho de ser oído por parte del trabajador. Así, se expuso en la providencia CSJ SL2351-2020:

[...] En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van a ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al “derecho de defensa” y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo^[1], es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica [...].

Y como quedó evidenciado, la empresa demandada citó al actor en descargos para ser oído acerca de los hechos que resultaron puestos de presente a raíz de la investigación que adelantó la empresa por el faltante de los \$500.000 mil y que llevó a descubrir otras irregularidades que eran cometidas por el actor, y que este aceptó en la respectiva diligencia.

Y con relación a lo que afirma el apelante, que sus respuestas fueron productos de la presión, no hay prueba alguna que así lo indique. Por el contrario, el abogado de la empresa en su declaración señaló que se le dio tiempo para que diera respuesta a las preguntas en forma tranquila. Ninguna anotación aparece en la audiencia de descargos que permitan colegir cualquier vicio del consentimiento del demandante.

Tampoco desnaturaliza la decisión de finalización del vínculo laboral, el hecho que no se colocara denuncia por delito, o que se hubiera comprobado la existencia de esta, porque no se requiere que aquel se hubiera consumado para que no se configurara la justa causa, máxime que los hechos cometidos por el demandante están tipificados como grave dentro del reglamento interno de trabajo.

4. Del carácter salarial de un pago.

Afirma el actor en la demanda que, a partir del año 2001, le fue reconocido un sueldo fijo mensual y un incentivo fijo de \$20.000 y entre el año 2001 y 2019, devengó un salario básico mensual, que era superior al mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y adicional a ello, recibía el pago de \$80.000, en el cargo de cajero principal (hechos 10 y 11).

La demandada a su turno, expuso que la remuneración percibida por el demandante correspondía al cargo y funciones que este desempeñaba para cada época y el mismo siempre fue superior al mínimo legal mensual vigente para

cada anualidad. Fue así como a partir del año 2007, se reconoció al trabajador un incentivo fijo, pero este se aplicaba única y exclusivamente cuando el director operativo y/o coordinador de oficina realizaba un reporte de la realización de un servicio especial, como la prestación del servicio en horario adicional, jornada continua o fines de semana (fº. 100).

La juez de conocimiento, consideró que, revisada la liquidación, se podía constatar que el banco había tenido como salario básico, la suma de \$2.182.973, pero para el reconocimiento de las cesantías y prima de servicios, se tuvo en cuenta la suma de \$2.289.067,12 y para las vacaciones \$2.261.351,67, concluyendo que, se habían tenido en cuenta todos los factores salariales a la hora de efectuar las correspondientes operaciones matemáticas.

Contrastando los argumentos puestos en consideración, se avizora con la documental obrante a folio 54 del expediente que, los montos tenidos en cuenta a la hora de finalizar el contrato, corresponden a los señalados por la sentenciadora de primera instancia.

El artículo 127 del CST señala:

“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.”

A su turno, el artículo 128 ibídem, contempla:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se recuerda que, el trabajador, inicialmente debe demostrar la regularidad o habitualidad de los pagos, y es el empleador quien debe probar que el pago de ese emolumento estaba dirigido a otro propósito diferente que la retribución del servicio, como puede ser la prestación eficiente de este o que, fue entregado por mera liberalidad, de forma ocasional y no ingresa al patrimonio del trabajador. Así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral entre otras en las sentencias SL 4313-2021 y SL 986 de 2021.

Cuando una suma de dinero constituye salario y cuando no, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado los criterios para ello, a saber, en la sentencia SL5146 de 2020:

“...Pues bien, desde el punto de vista jurídico, propio del primer cargo, la Sala ha establecido varias reglas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario, en los términos previstos en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Tales pautas pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó:

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad

salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones». Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

(...) 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.

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ

SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, se señaló:

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220- 2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159- 2018).»

Con dichos parámetros, debe verificarse entonces, si conforme a la realidad probatoria, el pago cuestionado remuneraba o no el servicio prestado.

Cumple destacar que en el sub judice se encuentra demostrado que al momento de iniciar la vinculación laboral que unió a las partes, se pactó un salario mensual de \$98.700,00 (página 19, archivo 1 del expediente digital).

Se tiene igualmente, que la parte demandada, aportó certificado de pago de prestaciones sociales realizada al demandante entre 2009 y 2019, en los que se avizora lo siguiente;

- Para el año 2009, se pagó al demandante, en el mes de marzo, una “BONIFICACIÓN CAJA Y/O DIDACOL” por valor de \$26.400, así como una “BONIF. OP. TARJETA SABADOS”, por \$17.003; una “BONIF. PERMAN.HORAR.ADIC.(SAB) por valor de \$32.850 y una “HOUSAR**BON.OP.TAR.MED.DIAHA”, en cuantía de \$26.055” sic (fº. 195-198).
- En el año 2010, no se pagó ninguna bonificación a favor de Samuel (fº. 199-205).
- En septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, se pagó “BONIFICACIÓN CAJA Y/O DIDACOL”, por valor de \$61.410 en cada mes (fº. 205-212).
- En 2012, se pagó la citada bonificación para los meses de enero a marzo, en cuantía de \$64.500; en abril solo se pagaron \$32.250 y de mayo a diciembre, nuevamente se pagó la suma mensual de \$64.500 (fº. 212-219).
- En el año 2013, la bonificación correspondía a un monto mensual de \$64.500 y fue pagado hasta abril dicho valor. A partir de mayo, se reconoció por este concepto, un pago mensual de \$ 66.600, para mayo y de julio a diciembre, pues para el mes de junio se reconoció solamente la suma de \$33.300 (fº. 219-224).

- Se pagó entre enero y marzo de 2014, la suma mensual de \$66.600; en abril, la suma de \$34.305 y a partir de mayo y hasta diciembre \$68.610 (fº. 224-229).
- De enero a abril de 2015, se reconoció mensualmente por bonificación, la suma de \$66.600 y desde mayo hasta diciembre de dicha calenda, \$71.010 (fº. 229-234).
- Para enero de 2016, pagó \$35.505; de febrero a abril \$66.600 y de mayo a septiembre, noviembre y diciembre, \$75.810 y en octubre, solo \$37.905 (fº. 234-240).
- En 2017, de enero a abril se le pagó mensualmente, \$75.810 y de mayo a julio y de septiembre a diciembre \$80.160 y en agosto, tan solo \$40.080 (fº. 240-245).
- La suma de \$80.160 fueron pagados al trabajador, entre enero y octubre, en noviembre y diciembre solamente se reconoció \$40.080, en cada mensualidad de 2018 (fº. 245-250).
- Finalmente, para 2019, en enero y febrero se pagó \$80.160 (fº. 250-251).

En este punto, debe tenerse en cuenta que, **José Antonio Aguilar Sierra**, quien para los años 2018, 2019 se desempeñaba como auxiliar de nómina y actualmente pertenece al área de banca de empresas en la oficina ubicada en esta ciudad, no conoció al actor, solo sabía de él por el tema de la nómina. Respecto al pago de bonificaciones, expuso que, el banco paga este concepto, y en el caso específico de Samuel Torres Rivera, esta obedecía a su función como cajero principal, al tener que abrir la oficina antes del horario de atención al público y por labores asignadas en forma adicional, siendo enfático en decir, que dicho rubro era tenido en cuenta a la hora de efectuar la correspondiente liquidación de acreencias laborales, al pagarse de manera quincenal. Por otro lado, expuso que, el pago de este concepto dependía del reporte que hiciera el director operativo al área de nómina y en caso de presentarse ausentismo, incapacidad o que el empleado salga a disfrutar de vacaciones, en este interregno de tiempo no se reconoce este concepto a él, sino a la persona que lo reemplaza.

Así las cosas, analizado en su conjunto el material probatorio, considera la Sala que, se encuentra acreditado el pago regular de unos dineros denominados, “BONIFICACIÓN CAJA Y/O DIDACOL”, los cuales en efecto tenían vocación de

retribuir el servicio de Samuel Torres Rivera y, por tanto, ingresaban al patrimonio del trabajador, corroborándose que él podía disponer de dicho rubro de manera autónoma, confirmándose que hacen parte del salario y en tal sentido deben tenerse en cuenta a la hora de liquidar las acreencias laborales.

Así las cosas, se procederá a realizar las correspondientes operaciones aritméticas.

Tabla Salarial 2015			
Mes	Salario básico	Bonificación	Sub Total devengado
enero	\$ 1.631.552	\$ 68.610	\$ 1.700.162
febrero	\$ 1.631.552	\$ 68.610	\$ 1.700.162
marzo	\$ 1.631.552	\$ 68.610	\$ 1.700.162
abril	\$ 1.631.552	\$ 68.610	\$ 1.700.162
mayo	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
junio	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
julio	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
agosto	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
septiembre	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
octubre	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
noviembre	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
diciembre	\$ 1.631.552	\$ 71.010	\$ 1.702.562
Total			\$ 20.421.144,0
Promedio mensual			\$ 1.701.762,00

Tabla Salarial 2016			
Mes	Salario básico	Bonificación	Sub Total devengado
enero	\$ 891.398	\$ 35.505	\$ 926.903
febrero	\$ 1.782.796	\$ 71.010	\$ 1.853.806
marzo	\$ 1.782.796	\$ 71.010	\$ 1.853.806
abril	\$ 1.782.796	\$ 71.010	\$ 1.853.806
mayo	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
junio	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
julio	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
agosto	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
septiembre	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
octubre	\$ 891.398	\$ 37.905	\$ 929.303
noviembre	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
diciembre	\$ 1.782.796	\$ 75.810	\$ 1.858.606
Total			\$ 20.427.866
Promedio mensual			\$ 1.702.322

Tabla Salarial 2017			
Mes	Salario básico	Bonificación	Sub Total devengado

enero	\$ 1.929.878	\$ 75.810	\$ 2.005.688
febrero	\$ 1.929.878	\$ 75.810	\$ 2.005.688
marzo	\$ 1.929.878	\$ 75.810	\$ 2.005.688
abril	\$ 1.929.878	\$ 75.810	\$ 2.005.688
mayo	\$ 1.929.878	\$ 80.160	\$ 2.010.038
junio	\$ 1.929.878	\$ 80.160	\$ 2.010.038
julio	\$ 1.929.878	\$ 80.160	\$ 2.010.038
agosto	\$ 964.939	\$ 40.080	\$ 1.005.019
septiembre	\$ 578.963	\$ -	\$ 578.963
octubre	\$ 1.929.878	\$ 80.160	\$ 2.010.038
noviembre	\$ 1.929.878	\$ 80.160	\$ 2.010.038
diciembre	\$ 1.929.878	\$ 80.160	\$ 2.010.038
Total			\$ 21.666.962,0
Promedio mensual			\$ 1.805.580,17

Tabla Salarial 2018			
Mes	Salario básico	Bonificación	Sub Total devengado
enero	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
febrero	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
marzo	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
abril	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
mayo	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
junio	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
julio	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
agosto	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
septiembre	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
octubre	\$ 2.065.644	\$ 80.160	\$ 2.145.804
noviembre	\$ 1.032.822	\$ -	\$ 1.032.822
diciembre	\$ 1.101.677	\$ 40.080	\$ 1.141.757
Total			\$ 23.632.619
Promedio mensual			\$ 1.969.385

Tabla Salarial 2019			
Mes	Salario básico	Bonificacion	Subotal devengado
enero	\$ 2.182.974	\$ 80.160	\$ 2.263.134
febrero	\$ 2.182.974	\$ 80.160	\$ 2.263.134
marzo	\$ 1.091.487	\$ 40.080	\$ 1.131.567
Total			\$ 5.657.835,0
Promedio mensual			\$ 1.885.945,00

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux. Transp.
2015	\$ 1.701.762,00	\$ -
2016	\$ 1.702.322,17	\$ -
2017	\$ 1.805.580,17	\$ -
2018	\$ 1.969.384,92	\$ -
2019	\$ 1.885.945,00	\$ -

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2015	Hasta	31/12/2015
	Salario fijo mensual:		\$	1.701.762,00	
	Auxilio transporte:		\$	-	
	Factor Variable		\$	-	
	Salario diario:		\$	56.725,40	
	Días trabajados:			360	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 850.881,00		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2016	Hasta	31/12/2016
	Salario fijo mensual:		\$	1.702.322,17	
	Auxilio transporte:		\$	-	
	Factor Variable		\$	-	
	Salario diario:		\$	56.744,07	
	Días trabajados:			360	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 204.278,66		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.702.322,17		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 851.161,08		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2017	Hasta	31/12/2017
	Salario fijo mensual:		\$	1.805.580,17	
	Auxilio transporte:		\$	-	
	Factor Variable		\$	-	
	Salario diario:		\$	60.186,01	
	Días trabajados:			360	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 216.669,62		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.805.580,17		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 902.790,08		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2018					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2018	Hasta	31/12/2018
	Salario fijo mensual:		\$	1.969.384,92	
	Auxilio transporte:		\$	-	
	Factor Variable		\$	-	
	Salario diario:		\$	65.646,16	
	Días trabajados:			360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 1.969.384,92		
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 236.326,19		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.969.384,92		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 984.692,46		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2019					

Periodo de liquidación		Desde	1/01/2019	Hasta	8/03/2019
	Salario fijo mensual:			\$	1.885.945,00
	Auxilio transporte:			\$	-
	Factor Variable			\$	-
	Salario diario:			\$	62.864,83
	Días trabajados:				68
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 356.234,06	
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 8.074,64	
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 356.234,06	
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 178.117,03	
	720				

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2.015	\$ 1.701.762,00	\$ 204.211,44	\$ 1.701.762,00	\$ 850.881,00
2.016	\$ 1.702.322,17	\$ 204.278,66	\$ 1.702.322,17	\$ 851.161,08
2.017	\$ 1.805.580,17	\$ 216.669,62	\$ 1.805.580,17	\$ 902.790,08
2.018	\$ 1.969.384,92	\$ 236.326,19	\$ 1.969.384,92	\$ 984.692,46
2.019	\$ 356.234,06	\$ 8.074,64	\$ 356.234,06	\$ 178.117,03
Totales	\$ 356.234	\$ 869.561	\$ 7.535.283	\$ 3.767.642

Tabla Prestaciones Sociales Canceladas				
Año	Cesantías	Intereses sobre cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2.015	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.702.322,17	\$ 891.398,00
2.016	\$ 0,00	\$ 279.477,00	\$ 2.243.352,00	\$ 926.524,00
2.017	\$ 0,00	\$ 302.776,00	\$ 2.428.429,00	\$ 1.001.899,00
2.018	\$ 0,00	\$ 323.101,00	\$ 2.599.269,00	\$ 1.072.902,00
2.019	\$ 422.379,00	\$ 9.801,00	\$ 412.339,00	\$ 1.337.986,40
Totales	\$ 0	\$ 915.155	\$ 7.683.389	\$ 5.230.709

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	-\$ 66.144,94
Intereses Sobre las Cesantías	-\$ 45.594,45
Prima de Servicios	-\$ 148.105,69
Vacaciones	-\$ 1.463.067,75
Total Liquidación	-\$ 1.722.912,84

De acuerdo a la documental ya analizada, se tiene que el actor, no solo le era reconocida una bonificación equivalente a \$80.160 mensuales, sino que adicional a ello, le eran pagados otros conceptos extralegales, tales como prima

extra legal, prima legal bonificación permanente, prima de antigüedad, que hacían que su salario se incrementara, sin embargo, al echar de menos, en la alzada únicamente el concepto antes referido, por lo que, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se encuentra que los valores pagados por Banco de Occidente fueron superiores, a los que debían reconocerse a favor del ex trabajador y por tanto no hay lugar a ordenar la reliquidación de acreencias laborales.

5. De la sanción moratoria.

Reprocha el demandante, que no se hubiere fulminado condena por este concepto, pues en su sentir, en el momento que el Banco de Occidente dio por terminado el contrato de trabajo, se debió pagar la liquidación de acreencias laborales, sin embargo, demoró 33 días en efectuar dicho trámite.

A su turno, la demandada, expone que la liquidación fue pagada una vez se adelantaron todos los trámites administrativos y contables al interior de la entidad, entre los cuales, se encuentra verificar los saldos pendientes por concepto de faltantes de efectivos, créditos, paz y salvos en el área de cartera y bienestar, así, como autorizaciones de descuentos de saldos de obligaciones crediticias. Agregando en este ítem, que para el mes de febrero se cambió la plataforma del módulo de gestión humana al módulo SAP y esto hizo que se presentara una transición, que afectó la entrega de los procesos de nómina a nivel general.

La indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás acerca de que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales, lo exonera de la indemnización moratoria.

Se trata, de una sanción que, como lo ha admitido la jurisprudencia laboral en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal

incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma.

En sentencia CSJ SL1413-2022, sostuvo:

Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la Indemnización moratoria num 3 artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).

Entonces, de los argumentos esgrimidos por las partes, se tiene que, el 4 de abril de 2019, Jorge Eliecer Zambrano Millan, puso en conocimiento de Camilo Hurtado Garavito - administrador de personal – vicepresidente de recursos humanos, un inconveniente para registrar la solicitud de vacaciones, arrojaba un error la plataforma de uso y en el que, dio contestación de la siguiente manera; “*El Proyecto Conexión AVAL Fase II se encuentra en proceso de implementación de los módulos de Recursos Humanos en lo que respecta a liquidación de nómina y prestaciones sociales, solicitud de vacaciones y gestión de viajes, para lo cual se requiere el acceso de la totalidad de funcionarios a la herramientas Success Factors y SAP. Para tal fin, se realizó una validación y se identificó que los funcionarios incluidos en este mensaje de correo, presentan un bloqueo global en SAP por diferentes motivos. Cambios recientes de contrato, certificación del jefe, ETC, por tal motivo requerimos de su colaboración para gestionar el desbloqueo de sus usuarios realizando los siguientes pasos*” (fº. 564 del archivo 1).

Por otro lado, **Nelson Eduardo Cortes**, testigo al que se hizo referencia con anterioridad, en este punto, expuso que, el banco normalmente duraba 10 días en pagar la liquidación, contabilizados después de reportarse la renuncia o

terminación del contrato, donde el área de administración hacía el reporte de nómina para que se iniciara el proceso, ante otras dependencias y con ello determinar, si el trabajador tenía algún crédito y realizar el corte de este, definiendo de esta manera cuál era el saldo a pagar, sin embargo, para la época, se estaba haciendo un proceso de migración de una plataforma a otra, y entre febrero y por espacio de seis meses, surgieron inconvenientes en la nómina, no solo con las liquidaciones, sino con las vacaciones, demorándose un poco el pago de las acreencias al aquí demandante, debiendo realizarse múltiples reprocesos

Luego entonces, para la Sala resulta claro que se allegaron probanzas demostrativas de buena fe en la actuación de la enjuiciada, toda vez, que, el Banco de Occidente S.A., era consciente que debía pagar las acreencias laborales del actor, pero ante la vicisitud expuesta no pudo realizar el trámite en forma ágil y pronta. En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado, pues, los argumentos del recurrente no tienen el mérito de derruir lo concluido por la sentenciadora.

6. De las costas.

Dadas las resultas del recurso de alzada, se impondrá condena en costas a cargo del demandante y a favor de la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 300.000.00 por concepto de agencias en derecho, a favor de la demandada.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105002 2020 00340 01
Demandante: Carolina Hernández Zamora
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión
Pensional y Contribuciones Parafiscales de la
Protección Social –UGPP–

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

CAROLINA HERNÁNDEZ ZAMORA, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su condición de hija de crianza, a partir del 11 de octubre de 2015, o en su defecto, desde la ejecutoria de la sentencia, o desde los últimos tres años anteriores a la presentación de la demanda, pero, en cualquier evento, con los intereses moratorios y las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que:

1. Jorge Alberto Hernández Esquivel era beneficiario de una pensión de vejez que le reconoció la extinta Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL– mediante la Resolución n° 1660 del 30 de enero de 2004, reliquidada con acto n° 0311051 del 24 de agosto de 2006.
2. El pensionado falleció el 11 de octubre de 2015 a causa de una enfermedad pulmonar.
3. El 27 de marzo de 1998 nació Carolina Tobo Zamora, hija de Isduar Javier Tobo y Martha Lucía Zamora, no obstante, el padre de aquella fue privado del ejercicio de la patria potestad por el Juzgado 17 de Familia de Bogotá, el 19 de mayo de 2009, luego de comprobar el abandono a que fue sometida por el progenitor, por ende, el cuidado quedó exclusivamente a cargo de su progenitora.
4. A partir del 2002, Martha Lucía Zamora y Jorge Alberto Hernández Esquivel iniciaron una relación afectiva estable como familia, generándose un estrecho vínculo entre aquél y la entonces menor Carolina Tobo, dada la ausencia de la figura paterna natural, lazo que se afianzó con el matrimonio que celebró la pareja el 9 de abril de 2005, después de tres años de convivencia.
5. Por cuenta de esa relación, que prácticamente ante la comunidad se trataban como padre e hija, elevaron petición de cambio de nombre ante la Notaría 9 de Bogotá a efectos de llevar el apellido de su padre de crianza, según escritura Pública n° 3714 del 4 de julio de 2009, por lo que, de ahí en adelante, la activa pasó a llamarse Carolina Hernández Zamora, lo cual se consolidó en la anotación del respectivo registro civil y demás documentos, tales como pasaporte, visa, afiliación al sistema de seguridad social en salud, colegio y demás actividades que implicaban la identificación de la entonces menor.
6. La pareja se separó en agosto de 2012, pero, pese a ello, la relación que unía a la accionante con el pensionado se extendió hasta el día del

fallecimiento de aquél, pues siempre continuaron las visitas, atenciones mutuas, cuidado, apoyo económico y personal, ya que, el señor Hernández Esquivel se radicó en Cartagena y la menor en Bogotá, por temas de estudio, pero, siempre con el compromiso serio y cotidiano entre los dos de mantener la relación padre e hija, quien luego de cumplir la mayoría de edad, continuó sus estudios en la Universidad de los Andes en la Facultad de Artes y Humanidades.

7. Reclamó sustitución pensional ante la UGPP, quien mediante Resolución n° RDP 010542 del 8 de marzo de 2016, lo negó, aduciendo que en el registro civil de nacimiento no se evidenciaba supuestamente el cambio de apellidos, respuesta que fue confirmada con los actos administrativos n° RDP 03151 y RDP 032114 del 24 y 31 de agosto de 2016, en donde además indicó que no le correspondía aplicar los lineamientos jurisprudenciales sobre los hijos de crianza, pues eso le correspondía a los jueces.
8. En razón de ello, acudió a la acción de tutela para obtener el derecho pensional, pero dicho mecanismo fue declarado improcedente por el Juzgado 58 Administrativo de Bogotá el 5 de noviembre de 2016, confirmado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, del 2 de febrero de 2017.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 23 de octubre de 2020 (fl° 28, archivo 01 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, quien la inadmitió con auto del 24 de junio de 2021 (archivo 05 digital), por no haberse aportado unas pruebas reseñadas en el libelo y no haber identificado adecuadamente el tipo de procedimiento; no obstante, corregidos los errores formales (archivo 06 digital), la juzgadora admitió a trámite con proveído del 6 de agosto de 2021 (archivo 07 digital).

Efectuados los trámites de notificación como lo dispone el Decreto 806 de 2020 (archivos 09 y 14 digitales), la UGPP se pronunció, oponiéndose a las

pretensiones, aduciendo en su defensa que no era viable el reconocimiento pensional solicitado, porque, la norma es clara en establecer quiénes son los miembros del núcleo familiar que tienen derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes y en los mismos no se encuentran la accionante, por ende, según la entidad, no es posible dar aplicación a una interpretación extensiva de la norma en el sentido de reconocer el derecho en calidad de hijo de crianza, por cuanto dicha situación no se presenta, ante la ausencia de pruebas que permitan probar el remplazo de la familia de origen, los vínculos de afecto, protección y comprensión, la efectiva existencia de una relación de padre y/o madre e hijo, el correspondiente carácter indiscutible de permanencia y la correspondiente dependencia económica de la accionante al causante.

En cuanto a los hechos, aceptó exclusivamente los relacionados con el reconocimiento pensional y la reliquidación del derecho que tenía el causante, la solicitud pensional de la accionante y las respuestas negativas de la entidad; así mismo, el trámite de tutela, la fecha de nacimiento de la demandante, el cambio de apellido paterno y la privación de la patria potestad, sobre los demás señaló que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso como excepciones las de: la señora Carolina Hernández Zamora no es hija de crianza del causante; ausencia del cumplimiento de los requisitos para la causación de la pensión de sobreviviente; cobro de lo no debido; buena fe; legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; prescripción y la genérica (archivo 19 digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 8 de marzo de 2023, dispuso (archivos 33 y 34 digitales):

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probadas la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la demandada.

TERCERO CONDENAR en costas a la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a tres (3) SLMMV.

CUARTO Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.

Para arribar a la conclusión anterior, lo primero que la juzgadora señaló, fue que el litigio se concentraría alrededor de, si la promotora del litigio tenía la calidad de hija de crianza del causante, señor Jorge Alberto Hernández Esquivel, y se le asistía, en tal virtud, el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, a partir del 11 de octubre de 2015. Para el efecto, señaló que la noma aplicable era el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, literal C.

Luego, precisó que, con respecto a los hijos de crianza como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, debía entenderse que la familia que surge en esas condiciones nace de diversas situaciones fácticas que se originan en la educación y cuidado de un menor que se presente bajo el amparo de personas distintas a las de sus padres biológicos, razón por la cual surgen lazos afectivos, los cuales no pueden ser rotos ni perturbados debido a que dichas circunstancias irían contra el interés superior de la familia; no obstante, continuó indicando, que la norma que regula el derecho a la sustitución pensional claramente se refiere a la condición de hijo, y en ese orden de ideas, el reconocimiento de la prestación tiene como presupuesto básico el vínculo del parentesco por consanguinidad o por adopción respecto del causante, lo que, según la juzgadora, trae como consecuencia, por regla general, que solo aquellos se les reconocerá la prestación económica.

Continuó, indicando que, pese a lo anterior, y por cuenta de la evolución sociocultural de la noción de familia, la jurisprudencia laboral, concretamente, en las sentencias CSJ SL19392 y SL-33122 ambas de 2020, precisó, que para ser considerado hijo de crianza, y por lo tanto, encajar como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, se requería acreditar unos requisitos con el fin de establecer que esa relación paterno afectiva y social es fruto de la realidad y no de una intención de fraude al sistema; por ende, se debía demostrar: *i)* el reemplazo de la familia de origen, esto es, la relación de facto que se genera con otra persona que fuera del vínculo consanguíneo o civil, que incluso, puede ser pariente o familiar que asume el rol de crianza; *ii)* los vínculos de afecto,

protección y comprensión, que se asimila a las obligaciones previstas en el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006, que permiten distinguir la interacción de la familia entre sus miembros; *iii*) el reconocimiento de la relación padre y/o madre e hijo, pues no basta con el desarrollo de manifestaciones de protección integral a quien se suma al núcleo familiar, pues puede darse el caso, que a pesar de que quien fue acogido en dicho entorno, no vea a sus protectores como padres, por lo que, se requiere que ante la sociedad, incluso, en el ámbito familiar, se exhiba tal condición; *iv*) la permanencia, esto es, un término razonable, en el cual se puede identificar el surgimiento de la familia de crianza y su desarrollo, a tal punto que se vea realmente forjado por vínculos afectivos, y; *v*) la dependencia económica como un requisito esencial, no solo para acceder a la prestación de sobrevivientes, sino como un elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con el hijo a efectos de proporcionarle la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado.

Con fundamento en esos criterios, consideró que todos se daban, menos el último, es decir, la dependencia económica. Señaló, que con las documentales aportadas por la actora, se había acreditado que el padre biológico de la demandante nunca ejerció su rol, hasta el punto que se tramitó un proceso de pérdida de patria potestad, además, eso lo corroboró la prueba testimonial recaudada, quien a su vez dio cuenta de los vínculos de afecto, protección y comprensión entre el señor Jorge Alberto Hernández y la demandante, pues entre ellos existió una relación paterno filial contundente, por lo que, desde que aquella estaba pequeña, se les reconocía como padre e hija ante la comunidad, lo cual se vio reforzado con el vínculo matrimonial existente entre la señora Martha Lucía Zamora y el causante, ya que, aquél se encargó en conjunto con ésta, de suministrarle todo lo que necesitaba, como alimentación, vivienda y educación, además de convertirse en su apoyo afectivo y moral.

En cuanto a la asunción del rol de padre, sostuvo la juzgadora, que se pudo establecer que fue constante, por lo menos mientras duró la relación afectiva entre Martha Lucía y el pensionado; pero no se encontraba cumplido el requisito de dependencia económica de la petente respecto del señor Jorge Alberto Hernández, pues los testigos no tenían conocimiento real de estas

circunstancias, si acaso de algunos giros de dinero, pero luego de que el causante se fue a vivir por cuestiones de salud a las ciudades de Santa Marta y Cartagena, esa subordinación pecuniaria no se mantuvo, debido a que el pensionado solo cancelaba la cuota del apartamento, y a partir del divorcio, por mutuo acuerdo de la pareja, esta fue quien continuó asumiendo los gastos de manutención, educación y vivienda de la petente.

5. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora la impugnó. Sostuvo que, a pesar de que en el expediente está probado que, efectivamente, durante todo el tiempo de la convivencia familiar, Carolina Hernández dependía económicamente del causante, la juzgadora de primera instancia desconoció ese aspecto.

Expuso, que quedó plenamente demostrado el tema de los giros que el causante enviaba a la actora que le ayudaban para el sostenimiento en la universidad; que, si bien es cierto, se mencionó que su progenitora Martha Lucía Zamora hacía los pagos conjuntos, ello debe entenderse como un patrimonio armonioso creado por la pareja, es decir, por lo menos entender que el asegurado aportaba un 50% para los gastos de sostenimiento del hogar, y por su puesto de la demandante.

Precisó, que el tema del sostenimiento diario de una familia en convivencia permanente tiene diversos componentes, tales como comida, vivienda, servicios públicos y demás, por lo tanto, cuando Martha Lucía mencionó que esos gastos eran conjuntos, implicaba que, por el vínculo con el causante, aquél brindaba su apoyo para ese sostenimiento.

Señaló, que la actora, por cuenta de sus estudios universitarios no podía trabajar y devengar ingresos de otra índole, y para el efecto, era su padre de crianza quien la apoyaba, inclusive, desde antes de ingresar a la educación superior, el señor Hernández le proporcionó los medios para cursar actividades lúdicas, tal como lo adujo uno de los testigos, quien era el conductor de la familia, pues éste la llevaba a los lugares en donde recibía esa instrucción, y ello se lo pagaba el causante.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se revoque la decisión absolutoria de primera instancia, para que, en su lugar, se acceda al derecho pensional reclamado.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes se pronunciaron.

En apretada síntesis, la demandante señaló, que la a quo realizó un análisis parcial y sesgado de los dos últimos años de la relación padre e hija, dejando de lado la visión y conformación de la familia Hernández Zamora que se había estructurado desde el 2004, núcleo que desde entonces y hasta el 11 de octubre de 2015 (fecha de fallecimiento del causante), se mantuvo por un lapso de once (11) años. Añadió, que todas las testimoniales corroboraron el estrecho nexo familiar desde 2004, alrededor del cual, estuvo el cuidado de la hija de crianza quien cursó sus estudios primarios y secundarios orientados y bajo la dependencia del causante y madre biológica, de esa manera, aseguró que la dependencia económica del hijo frente al padre de crianza debe analizarse en el contexto familiar y no aisladamente.

Por su parte, la UGPP solicitó que se confirme la decisión de primera instancia.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo los motivos expuestos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar, si Carolina Hernández Zamora cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de Jorge Alberto Hernández Esquivel, en su calidad de hija de crianza, particularmente el requisito de la dependencia económica, que la juzgadora de primera instancia no encontró demostrado.

II. CONSIDERACIONES

En el presente caso, no se controvierte que el señor Jorge Alberto Hernández Esquivel era pensionado por vejez, a cargo de la extinta Cajanal, mediante Resolución n° 1606 del 30 de enero de 2004, la cual fue reliquidada a través de

acto administrativo n° 24190 del 23 de mayo de 2006, pues así lo aceptó la pasiva al contestar el libelo, y tales documentos reposan en el archivo 11 del expediente digital que contiene la carpeta administrativa del pensionado (fl°604 a 611).

1. De la pensión de sobrevivientes a favor de hijo de crianza.

Está probado que el causante falleció 11 de octubre de 2015 (fl° 160, archivo 06 digital), por lo que, como lo aseveró la juzgadora de primera instancia, la norma aplicable al estudio de la pensión de sobrevivientes es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el 13 de la Ley 797 de 2003, que consagra como beneficiarios de la prestación en su literal c), a:

Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes: y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez [...].

El texto legal se refiere a los hijos, lo cual tradicionalmente se ha consentido que sean los concebidos biológicamente o por adopción, pero, como también lo explicó la sentenciadora, esa calidad debe aceptarse o incluir el concepto de familia, el cual ha venido evolucionando, y ya no se funda exclusivamente en los caracteres naturales, sino que ha tenido en cuenta los lazos afectivos, el cuidado, la solidaridad y afecto entre sus miembros, más allá de su condición biológica.

Es así que, la jurisprudencia laboral, haciendo eco de las voces que daban cuenta de la protección en otros sectores para los miembros de la familia que se consolidaba a partir de las relaciones sociales y afectivas, más el avance que se tenía en otros derechos de tipo civil, incluso, cuando se trataba de otorgar indemnizaciones, se aventuró a precisar el criterio sobre el derecho de los hijos de crianza a obtener la pensión de sobrevivientes.

En la sentencia CSJ SL1939-2020, puntualizó:

Por ende, ante la defensa de un concepto amplio de la familia, y su protección sin lugar a discriminaciones por razón de su conformación, para la Corte no cabe duda de que la pensión de sobrevivientes con los requisitos previstos originalmente por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, así como la que introdujo la Ley 797 de 2003, se extiende a la familia de crianza, es decir, se repite, aquella en donde la

convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que por esa razón, el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de una prestación que implica mantener la protección económica que le brindó la persona que asumió responsablemente y por solidaridad, la paternidad.

*Y para ello, así como en la sentencia con radicación 17607 del 6 de mayo de 2002, la Sala precisó que esa relación paterno-filial debe ser contundente para merecer la protección de la seguridad social, de forma tal que no sea el producto de un fraude o un aprovechamiento ilegítimo de quien reclama, en esta ocasión es necesario reiterar, que para establecer esa calidad, se requiere demostrar: **i)** el reemplazo de la familia de origen, esto es, la relación de facto que se genera con otra persona por fuera del vínculo consanguíneo o civil, incluso, puede ser un pariente o familiar que asumió ese rol; **ii)** los vínculos de afecto, protección, comprensión y protección, que se asimilan a las obligaciones previstas en el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006 –CIA- que permiten distinguir la interacción familiar entre sus miembros; **iii)** el reconocimiento de la relación de padre y/o madre e hijo, en el sentido que no sólo basta el desarrollo de las manifestaciones de protección integral a quien se sumó al nuevo núcleo familiar, pues puede darse el caso que a pesar de que quien fue acogido en dicho entorno, no necesariamente vea a sus protectores como padres, por lo que se requiere que ante la sociedad, incluso en el ámbito familiar, se pueda exhibir esa condición; **iv)** el carácter de indiscutible permanencia, que no significa establecer un límite de tiempo específico y arbitrario de verificación de esos lazos afectivos, sino como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, un término razonable en el cual se pueda identificar el surgimiento de la familia de crianza y su desarrollo, al punto de que verdaderamente se hayan forjado los vínculos afectivos, y; **v)** la dependencia económica, como requisito esencial no sólo para acceder a la prestación pensional de sobrevivientes, sino como elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con un hijo, a efectos de proporcionarle a éste último la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de la paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado.*

En ese orden de ideas, es claro que en la actualidad los hijos de crianza también tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en el ordenamiento jurídico.

En el asunto, la *a quo* advirtió que Carolina Hernández Zamora cumplía todos los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes como hija de crianza de Jorge Alberto Hernández Esquivel, salvo el de la dependencia económica, el cual no lo halló acreditado, por lo que, en principio, tal como lo quedó expuesto en la referencia jurisprudencial, ese elemento resulta indispensable para al reconocimiento prestaciones, pues es el que permite identificar ese sello de protección monetaria que, prácticamente, los padres dispensan sobre sus hijos, a efectos de prodigarles las mejores condiciones materiales de vida.

Sin embargo, la juez de instancia, admitiendo lo que informaron los testigos, incluso, lo dicho por la progenitora de la demandante, señora Martha Lucia Zamora sobre la conformación del núcleo familiar a partir del 2002 con el

causante por cuenta del matrimonio civil entre ambos, en donde ella trajo al vínculo a Carolina quien tenía su padre biológico, pero que, debido al abandono que aquella sufrió, la especialidad de familia de la jurisdicción ordinaria ordenó la privación de la patria potestad, con lo cual, ante la presencia del causante, quien asumió el rol de padre, y por ello, se consolidó y formó ante la comunidad esa relación, al momento de verificar el requisito de la dependencia económica, no vio o desconoció, que esa relación entre la interesada y el pensionado se dio durante la minoría de edad de la actora, pues, cuando comenzó la relación de su mamá con el asegurado, aquella tan sólo tenía tres años, y para la fecha del fallecimiento del señor Hernández, Carolina tenía 17, toda vez que nació el día 27 de marzo de 1998, según el registro civil (fl° 170 y 179, archivo 06 digital), además, la entidad, por ejemplo, en la Resolución N° RDP 010542 del 8 de marzo de 2016, que negó el derecho, aceptó ese supuesto (fl° 87, ibíd.).

Lo anterior resulta determinante, porque el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con su modificación, no exige respecto de los hijos menores, la prueba de la suficiencia económica, tal como lo tiene previsto la jurisprudencia laboral, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2013, rad. 45264, reiterada a su vez en SL10641-2014, SL4103-2017 y SL1724-2018, donde se indicó:

Recuérdese, que a la pensión legal de sobrevivientes, conforme lo establece el artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, sustento de la decisión del juez a quo, tienen derecho los hijos menores del causante, quienes precisamente por esa condición, no tienen que probar ninguna dependencia económica de quien los proveía de todo lo necesario para su subsistencia. (Resaltado propio).

En efecto, cuando el alto Tribunal hace referencia al elemento de la dependencia económica del hijo de crianza con respecto a la persona que asume el rol responsable de la paternidad o maternidad, hay que entender ese requisito en relación con el apoyo del afiliado o pensionado, que, por esa asunción de responsabilidad permanente de cuidado y protección, ofrece las condiciones mínimas de subsistencia y garantía de derechos para quien considera su hijo(a); lo cual implica considerar que si el hijo de crianza hace parte de una comunidad de vida familiar en donde participa una pareja, ambos están en el deber de responder económicamente por sus descendientes y, por lo tanto, dependiendo de la capacidad económica de cada uno de ellos o el acuerdo a que han llegado expresa o tácitamente, como lo adujo el impugnante, aportan a una bolsa en común para asegurar la subsistencia del hijo en condiciones dignas.

Entonces, si al hijo(a) menor concebido biológicamente o por adopción se le dispensa de acreditar la dependencia económica, ese mismo criterio aplica a todos, sin distinción alguna, pues es evidente que lo importante, a la hora de establecer la familia de crianza es la igualdad de derechos que debe existir entre los hijos que componen el núcleo familiar, por así disponerlo los artículos 13,42 y 44 de la Carta política, en el entendido que esa connotación de los descendientes son los que de manera permanente hacen parte de la base social y, por ende, todos son sujetos de los mismos derechos y deberes. De manera que, si los allegados que se formaron en este tipo de célula tienen un comportamiento como el de cualquier familia, a sus beneficiarios se les debe dar un trato común y, por consiguiente, dispensar las mismas prestaciones.

En tal sentido, la dependencia económica que se exige del menor con respecto al padre o madre de crianza, se relaciona con la existencia real, efectivo y permanente acompañamiento que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación y, por supuesto, el apoyo monetario, lo cual demuestra el interés por parte de los padres para fortalecer sus lazos paterno-filiales, y por proveer económicamente lo suficiente para suplir las necesidades básicas de sus hijos, pero no al punto de exigir esa sumisión o prueba exhaustiva, que por la condición de minoría de edad, se presume.

Por consiguiente, se equivocó la *a quo* al analizar dicho aspecto.

En adición a los anterior, debe decirse que la demandante, quien para la fecha de fallecimiento del causante era menor, cumplió con los requisitos para ser considerada como hija de crianza, conforme a los parámetros dados por la jurisprudencia laboral en la sentencia CSJ SL1939-2020, ya que, además de no haber sido objeto de cuestionamiento en la alzada, se encuentra probado lo siguiente:

i) El reemplazo de los vínculos consanguíneos o civiles entre padres e hijos, por las relaciones de facto: dado que, se acreditó que el causante se hizo a cargo de la menor, debido a que su padre biológico nunca respondió por ella, al punto que, por decisión de la pareja que conformó el pensionado y la progenitora de la actora, decidieron adelantar el proceso de privación de la patria potestad ante el Juzgado 17 de Familia de Bogotá, quien con sentencia del 19 de mayo de 2009 concluyó que Isduar Javier Tobo Rodríguez abandonó a su hija desde antes de nacer y, por ello, lo privó de dicho ejercicio (fl 15 a 30 archivo 11 digital),

por lo que, no solo con esa decisión judicial, sino incluso, desde que comenzó el vínculo afectuoso, el *de cujus* asumió la figura paterna en el hogar, tal y como coincidieron en afirmarlos los testigos Gustavo Hernando Blanco Pinto, Sonia Patricia Téllez y Ciro Orlando Pérez.

ii) Los vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección que se generan en las familias de crianza: Los anteriores testigos, quienes, valga precisar, los dos primeros fueron muy cercanos a la pareja, por la relación académica que los ligó en la facultad de derecho de Universidad Externado de Colombia en las décadas del 70 y 80, colegas y amigos, y el tercero quien fungió como conductor entre 1998 y 2015, aunque este último con algunas interrupciones, fueron contundentes en manifestar que, prácticamente, cuando comenzó el vínculo afectivo entre Martha Lucia Zamora y el señor Jorge Alberto Hernández Esquivel, en 1999, y coincidieron como Delegados de la Procuraduría General de la Nación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, e iniciaron la convivencia, y luego se afianzó con el matrimonio civil en el 2005, el pensionado siempre asumió el cuidado y protección de Carolina Hernández Zamora, pues le ofreció todo lo necesario para su desarrollo, esto es, la satisfacción de sus necesidades básicas, ya que aportaba para los diversos gastos del hogar; que si bien la progenitora era la que asumía con mayor proporción ciertas erogaciones como el tema de la educación, el asegurado se encargaba de asumir otros elementos, tales como las actividades extracurriculares, viajes al extranjero por fines académicos, incluso, vacacionales, todo con el objetivo de brindarle bienestar y desarrollo integral a la accionante. También dieron cuenta de la relación afectiva que se generó entre ellos, porque le decía “papá Albertico” y él “hija Carito”; que era generoso, especial, ordenaba que la recogiera el conductor en las actividades o él mismo lo hacía, velaba por ella y siempre estuvo pendiente de todas sus necesidades, incluso, de salud, al punto que, cuando enfermó en la infancia por un tema gástrico, sufragó los gastos de intervención médica en Chile, dado que, la póliza de medicina prepaga que tenían no cubría lo que la actora necesitaba; adicionalmente, que, por cuenta de los problemas que tuvieron en las salidas de vacaciones al extranjero, cuando todavía el padre biológico otorgaba permisos, el causante sugirió que se adelantara el proceso de privación de la patria potestad, lo que al final se cumplió.

iii) El reconocimiento de la relación entre padres de crianza y la hija: Como ya se vio en precedencia, a partir de los testimonios quedó demostrado que el

pensionado y la demandante se trataban como padre e hija, incluso, los declarantes dieron cuenta que la actora decidió cambiarse el apellido del padre biológico y portar el de la persona que en la realidad y socialmente ejercía ese rol, lo cual se confirma con la escritura pública del 9 de julio de 2009 ante la Notaría 9 del Círculo de Bogotá (fl° 164 a 168 archivo 06 digital).

iv) *La existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijo, que implica acreditar una relación estable que permita inferir la existencia de una comunidad de vida:* Con las mismas evidencias se acreditó que la relación afectiva se mantuvo desde que la menor tenía prácticamente dos años (2000) hasta la fecha de fallecimiento del pensionado (2015). Es decir, fueron aproximadamente quince años de convivencia y asistencia entre dos personas, que en su trato normal y ante la sociedad eran padre e hija, y que, pese a que, a partir del 2012, la pareja se separó porque el causante se radicó en las ciudades de Santa Marta y luego en Cartagena en donde finalmente falleció, como lo adujeron los declarantes, y luego lo confirmó Martha Lucia Zamora, quien fue llamada de oficio por la juzgadora de primera instancia, esa separación obedeció al mismo querer del señor Hernández Esquivel, quien no quería que su enfermedad (EPOC) afectara los estudios de su hija de crianza y la vida laboral de su pareja, lo mismo que el crecimiento profesional, la accionante siempre estuvo en contacto con el pensionado y éste pendiente de sus actividades en todo momento, lo que desvirtúa que haya sido una fugaz relación en donde no se hubieran consolidado los lazos afectivos propios de una familia de crianza.

v) *La dependencia económica:* Aunque se explicó en líneas anteriores que no es un requisito que deban acreditar los menores de edad, lo cierto es que también resultó probado en el proceso, en la medida en que los declarantes coincidieron en informar que el causante aportaba para los gastos del hogar, y aunque la progenitora asumía lo relacionado con la educación por una póliza que compró cuando la actora era apenas una niña, el señor Hernández Esquivel fue generoso e incondicional con lo que la menor necesitaba, y al final de sus días, le hacía giros, si bien no tan cuantiosos, en cuanto oscilaban entre los doscientos y doscientos cincuenta mil pesos, en forma periódica (fl° 394 a 396 archivo 06 ibíd.), para la demandante le representaba el cariño y afecto de su padre, quien estuvo pendiente hasta el final de sus días. En este punto es importante destacar nuevamente, que el hecho de que los gastos los asuman

conjuntamente la pareja, excluya la dependencia económica que se debe entre el hijo de crianza y el afiliado o pensionado, por cuanto se trata de la unión familiar, en donde la pareja asume su responsabilidad mancomunada con el beneficiario en pro de su bienestar, y eso no le resta efectos jurídicos a dicho requisito, por cuanto, el hijo, con mayor razón, si es menor de edad, no se puede prodigar recursos que lo hagan autosuficiente económicamente, como sucede en este caso, pues de todos modos quedó demostrado que el aporte que realizaba el causante tenía como propósito el desarrollo integral de la demandante en diversos aspectos de la vida cotidiana para que su hija pudiera vivir dignamente.

Entonces, como se acreditó que entre el causante y la actora se conformó una familia de crianza, esta última tiene derecho, en calidad de hija menor de edad, a acceder a la pensión de sobrevivientes, razón suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, se condenará a la pasiva a reconocer la pensión de sobrevivientes a la demandante en el 100% de la mesada pensional percibida por aquel, a partir del 11 de octubre de 2015, cuando se causó el derecho por cuenta del fallecimiento del asegurado y hasta cuando se acredite el cumplimiento de los 18 años de edad. Dicha prestación se le continuará pagando hasta los 25 años, siempre y cuando la beneficiaria demuestre que se encontraba incapacitada para trabajar por razón de sus estudios.

Se precisa que, en el expediente, no existe prueba de cuál fue el valor exacto que el señor Hernández Esquivel percibía para la fecha de su deceso, y si bien la parte actora aportó una liquidación de la sustitución pensional (fl° 326 a 333, archivo 06 ibíd.), fijando para esa data un equivalente a \$19.740.291, lo cierto es que se trata de un aproximado que llevó a cabo el profesional que realizó esas operaciones, con base en los primeros actos administrativos que reconocieron y reliquidaron la pensión de jubilación del causante, pero sin respaldo en recibos o certificaciones de la entidad demandada, que dieran razón de la mesada real del pensionado a lo largo de los años, y por ello, no se puede tener en cuenta la cifra allí establecida; sin que esta deficiencia perjudique a la demandante, porque la prestación se sustituye en igualdad de condiciones a la beneficiaria, como se dijo en líneas previas.

2. Prescripción.

En lo concerniente a la excepción propuesta por la pasiva, recuérdese que, respecto de los menores de edad, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción, es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, sin consideración a que cuente o no con representante legal o que este actúe de manera eficiente o no lo haga. Así lo ha explicado la jurisprudencia laboral, entre otras, en sentencia CSJ SL10641-2014 en la que se recordó el criterio expuesto en las decisiones CSJ SL 11 dic. 1998, rad. 11349 y CSJ SL 30 oct. 2012, rad. 39631, al señalar lo siguiente:

Al margen que el presente es un cargo por la vía indirecta, es pertinente, para darle contexto a los yerros fácticos cometidos por el ad quem y en atención a la función unificadora de la jurisprudencia a cargo de esta Corte, traer a colación la sentencia de vieja data de esta Sala, CSJ SL 11 de diciembre de 1998, No.11349, sobre la suspensión de la prescripción frente a los menores de edad:

La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a "Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría".

Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado.

El anterior precedente a su vez fue reiterado en la providencia CSJ SL 30 de octubre de 2012 no. 39631, como sigue:

Precisamente, y al acudir la Corte Suprema de Justicia a la normativa civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, se evidencia que el Tribunal no advirtió la insoslayable circunstancia de que la acción fue promovida, entre otros, por los hijos menores de edad del señor Carlos Arturo Cajar Rivera y, por tanto, la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados.

Como la activa nació el 27 de marzo de 1998 (fl° 170 archivo 06 digital) la mayoría de edad la cumplió el mismo día y mes de 2016, por ende, a partir de ese momento podía actuar por sí misma con validez, independientemente de las actuaciones que haya ejecutado su representante legal con anterioridad (el 29 de diciembre de 2015 reclamó su progenitora, fl° 55 a 79 archivo 06 digital, con respuesta negativa de la entidad, el 8 de marzo de 2016, fl° 87 a 90 ibíd., confirmada con actos del 24 y 31 de agosto de esa misma anualidad, fl° 182 a 199 ibíd.), porque como se dijo, no importa si el regente actuó eficiente o ineficientemente; por lo tanto, la garantía de que gozaba con la suspensión del término prescriptivo terminó cuando adquirió la ciudadanía, por lo que, tenía hasta el 27 de marzo de 2019, para accionar, acorde con el término trienal señalado en el artículo 151 del CPT y de la SS (CSJ SL3619-2022), pero como la demanda fue presentada hasta el 23 de octubre de 2020, es claro que las mesadas causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2017, quedaron cobijadas por dicho fenómeno.

3. Intereses moratorios.

La activa solicitó condena por dicho aspecto, ante lo cual hay que recordar que la jurisprudencia ha sostenido que estos emolumentos que se encuentran plasmados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por regla general deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio.

Pero, también es cierto que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de algunas excepciones que justifican la improcedencia de la condena a intereses

moratorios, ellas se circunscriben a los casos en que, por ejemplo existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional, o cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018, y CSJ SL3130-2020).

En este evento se cumple la hipótesis de que el reconocimiento se funda en un cambio jurisprudencial, por cuanto, fue tan solo hasta el 2020, con la sentencia hito que se procedió a establecer en la especialidad, el derecho a la prestación de sobrevivientes del hijo(a) de crianza, por lo que, para la fecha del fallecimiento del causante en el 2015, incluso, cuando la representante de la entonces menor reclamó, aún la jurisprudencia laboral no había precisado su criterio, y en tal sentido, existe justificación para no haber dispensado el reconocimiento voluntario por la entidad.

En su defecto, se reconocerá la indexación de la condena hasta que se verifique el pago efectivo de la misma, toda vez que es innegable que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional desvaloriza los créditos de la seguridad social, con base en la siguiente fórmula:

$$VA = V_h * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ inicial}}$$

De donde:

“VA = corresponde al valor de cada mesada pensional a actualizar.

IPC Final = IPC mes en que se realice el pago.

IPC Inicial = IPC mes en que se causa la respectiva mesada pensional.

4. Descuentos por aportes en salud.

Por último, en atención a los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 -inciso tercero- del Decreto 692 de 1994, se autorizará a la demandada a que realice

las deducciones para cotización en salud respecto a las sumas reconocidas, con destino a la EPS a la que esté afiliada la demandante.

5. Las costas de ambas instancias a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **RESUELVE:** Declarar que Carolina Hernández Zamora, tiene el derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Jorge Alberto Hernández Esquivel, correspondiente al 100% de la mesada pensional otorgada a éste, a partir del 11 de octubre de 2015, fecha de fallecimiento del causante, hasta cuando aquella cumpla los 18 años de edad. De ahí en adelante, la UGPP deberá continuar pagando la prestación hasta que la beneficiaria cumpla los 25 años de edad, siempre y cuando esta demuestre que se encontraba incapacitada para trabajar por razón de sus estudios.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la prescripción propuesta por la demandada, en consecuencia, **SE CONDENA** a la **UGPP** a pagarle a Carolina Hernández Zamora, el retroactivo pertinente por concepto de mesadas pensionales causadas, a partir del 23 de octubre de 2017 en adelante, de conformidad a lo previsto en el ordinal anterior.

TERCERO: Condenar a la UGPP a que pague debidamente indexadas las mesadas pensionales adeudadas a la beneficiaria, acorde con lo explicado en la parte motiva.

CUARTO: Autorizar a la demandada a que, del retroactivo a pagar, efectúe los descuentos legales con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: Absolver a la pasiva de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Costas de ambas instancias a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de tres (3) smmlv.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105002 2020 00340 01. Demandante: Carolina Hernández Zamora. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105036 2021 00405 01
Demandante: Liliana Patricia Hoyos Torres
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

LILIANA PATRICIA HOYOS TORRES, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su condición de hija inválida, a partir del 2 de diciembre de 2020, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto la indexación de las mesadas, costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que: i) Carlos Eduardo Hoyos Varón, quien era el padre de la demandante estuvo afiliado al

RPMPD con Colpensiones, acumulando un total de 1245,14 semanas en toda la historia laboral, y con más de 50 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento; *ii*) el señor Eduardo Hoyos murió el 1° de diciembre de 2020 en la ciudad de Ibagué, pero le sobrevivió su hija y actual accionante, quien nació el 4 de junio de 1992; *iii*) fue calificada por Colpensiones mediante dictamen DML 4073283 del 19 de enero de 2021, en donde se concluyó que tenía un 50,09% de PCL de origen común, estructurada el 16 de julio de 2020; *iv*) para la fecha de configuración de la invalidez, dependía económicamente de su ascendiente, pues éste le suministraba bienes, alimentos, ayudas en dinero, entre otros, que le representaban el mejoramiento en su calidad de vida, pero, a raíz del fallecimiento, esa protección se perdió, inclusive, el padre dejó una póliza de seguro exequial para ella ante la configuración del eventual riesgo; *v*) presentó reclamó a la entidad para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el 20 de mayo de 2021, con respuesta negativa del organismo, el 30 de julio de ese mismo año, indicando que no se había acreditado la dependencia económica respecto del causante, así mismo, en ese acto le negó el derecho a Diana Carolinne Amaya Cardona, quien alegaba la calidad de compañera permanente.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 13 de agosto de 2021 (fl° 3, archivo 01 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, quien la admitió con auto del 1° de octubre de 2021 (archivo 02 digital)

Efectuados los trámites de notificación como lo dispone el Decreto 806 de 2020 (archivo 05 digital), Colpensiones se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la calidad de afiliado que tenía el causante, el número de semanas cotizadas, la fecha de fallecimiento, el parentesco de la demandante, la calificación del estado de invalidez, la solicitud pensional y su respuesta negativa, a los demás adujo que no eran ciertos y no le constaban. Indicó, que la demandante no es beneficiaria de la prestación pensional reclamada, puesto que, si bien la estructuración de la invalidez es anterior a la fecha del deceso del causante, en la vía administrativa pudo comprobar que la actora no dependía económicamente de su progenitor, dado que, ella devengaba

lo suficiente para sufragar sus propios gastos, además, que la activa tenía un compañero permanente que contribuía en el apoyo familiar. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de indexación e intereses moratorios, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (archivo 06 digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO TREINTA Y SEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 14 de febrero de 2023, dispuso (archivos 19 y 20 digitales):

PRIMERO: ABSOLVER a la COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el extremo demandante.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: CONSULTAR la presente decisión con el superior a favor del extremo demandante, de no ser apelada conforme lo establece el artículo 69 del C.P.T y la S.S.

La presente providencia queda legalmente notificada en estrados.

La Juez, Sin recursos, se remite en el grado jurisdiccional de consulta al superior.

Notificada en ESTRADOS

Para arribar a la conclusión anterior, lo primero que la juzgadora señaló, fue que, como el registro de civil de defunción evidenciaba que el señor Carlos Eduardo Hoyos, falleció el 1° de diciembre de 2020, la norma que gobernaba el asunto era el numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 del 93, modificado por el artículo 12 de la Ley 797, el 2003. Que no ofrecía discusión la causación del derecho, como quiera que estaba demostrado que el causante cotizó a una densidad de 1258 semanas, de las cuales 50 fueron cotizadas en el período indicado por la norma.

Sobre la calidad de beneficiaria de la accionante, quien alegó su condición de hija inválida, sostuvo que, el primer requisito, esto es, el parentesco se acreditó con el registro civil de nacimiento; en cuanto a la calidad jurídica de la invalidez, indicó que se encontraba probado con el formulario de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones del 19 de enero de 2021, del cual

se extraía que la activa tenía una pérdida de capacidad laboral del 50.9% estructura el 16 de julio de 2020; y sobre la dependencia económica, precisó que, acorde con reiterada jurisprudencia laboral, este supuesto se predica en el caso del padre que brindaba aportes periódicos a su hijo y, además, que los mismos eran significativos o indispensables para la subsistencia del descendiente; de suerte que, si se acredita que el hijo devenga otro tipo de rentas superiores al aporte del causante, no existirá esa subordinación que exige la norma, para acceder a la prestación pensional.

Al entrar en contexto, concluyó que, aunque la demandante percibió una ayuda económica periódica de su padre, ese aporte no era constitutivo de subordinación económica, en la medida que la promotora para la data del deceso percibía ingresos de \$3.700.000, como se corroboraba con la historia laboral de aquella, y que, de hecho, si bien laboró hasta agosto del 2021, le fue concedida una pensión de invalidez desde junio del 2020 inclusive, se le canceló el respectivo retroactivo pensional.

Refirió, que la parte actora no probó con suficiencia cuál era el monto real y efectivo que percibía de su progenitor, dadas las graves inconsistencias que existían en las pruebas recaudadas, por cuanto en la investigación administrativa que realizó la entidad demandada, había indicado que su padre le colaboraba entre \$150.000 y \$200.000, pero, al rendir el interrogatorio, señaló que el aporte era entre \$800.000 y \$1.200.000.

Indicó, que si bien declararon los testigos Carlos Alberto e Isabel Cristina Hoyos, quienes reiteraron ese último punto, no resultan creíbles, porque, tal situación jamás la percibieron directamente sino por comentarios, es decir, que eran testigos de oídas. Añadió, que le parecía curioso y, por lo tanto, descartable el argumento de la demandante sobre el valor del aporte de su progenitor, siendo que éste cotizó con un salario mínimo, por ende, no era viable que contribuyera con cifras superiores al IBC de su historia laboral, sin que en el expediente se hubiera acreditado ingresos adicionales del afiliado, que permitieran suponer que, en efecto, el aporte alegado era en realidad ese.

Por último, acotó que, para que se configure la dependencia económica, no bastaba con comprobar que se brinda una ayuda económica periódica, sino que

se requiere dejar claro, que dicho monto resulta realmente representativo respecto del valor de sus gastos y de cualquier suma que pudiera percibir la promotora, carga probatoria que no cumplió, y por ello, había que absolver a la entidad demandada.

Como la demandante no impugnó y fue totalmente desfavorable, el asunto fue remitido en el grado jurisdiccional de consulta.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones solicitó que se confirme la decisión impugnada, para lo cual, indicó que: *“(...) la dependencia económica del hijo discapacitado respecto del causante debe ser requisito sine qua non, para poder ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, circunstancia que en el presente proceso debe demostrarse ya que de acuerdo con la investigación administrativa realizada por mi representada, con radicado 2021_5733216, la actora no dependía económicamente de su padre, pues es profesional en Ingeniería forestal, profesión que ejerce y devenga un salario de \$3.400.000, además, cuenta con compañero permanente, de lo que se puede concluir que efectivamente no se presenta dependencia económica de su progenitor (...)”*.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, corresponde a la Sala dilucidar, si Liliana Patricia Hoyos Torres cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes en su condición de hija invalida que reclama con ocasión al fallecimiento de su padre Carlos Eduardo Hoyos Varón.

II. CONSIDERACIONES

En el presente caso no está en discusión, pues así lo aceptó la pasiva al contestar la demanda, que: *i)* el causante era afiliado al RPMPD y cotizó en toda su vida laboral 1245,14 semanas, lo cual además se acredita con el reporte actualizado al 2 de marzo de 2021 aportado con el libelo (fl° 24, archivo 01 ibíd.); *ii)* el señor Eduardo Hoyos falleció el 1° de diciembre de 2020 (fl° 22 ibíd.), por

ende, entre esa fecha y el 1° de diciembre de 2017, cotizó 141.42 semanas, acorde con la referida historia laboral (fl° 24 a 31 ibíd.); *iii*) que el afiliado le sobrevivió su hija actual demandante Liliana Patricia Hoyos Torres, quien nació el 4 de junio de 1992, acorde igualmente con el registro civil de nacimiento (fl° 20 ibíd.); *iv*) que la actora fue calificada por Colpensiones con dictamen de PCL del 19 de enero de 2021, que le determinó 50,09%, de origen común, estructurada la invalidez, el 16 de julio de 2020, y; *v*) que la accionante reclamó el reconocimiento pensional a la entidad, el 20 de mayo de 2021, con respuesta negativa del 30 de julio de esa misma anualidad en Resolución SUB 176663.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, el 1° de diciembre de 2020, es claro que, la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

[...]

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; [...]”

Al respecto debe indicarse que, en la sentencia C-066 de 17 de febrero de 2016, por medio de la cual se declaró exequible la expresión *“si dependían económicamente del causante”* contenida en la norma antes citada, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“[...] para esta Corporación la dependencia económica ha sido comprendida como: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.”

Así mismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a ese supuesto, señalando que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de

significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Sala expresó:

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:

a) *La dependencia económica debe ser:*

- *Cierta y no presunta:*

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- *Regular y periódica*

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

- *Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

También ha indicado, que la dependencia económica que exige la norma, no es absoluta, dado que, el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014), y, en tal sentido, se trata de una situación cierta y comprobable que se presenta en la vida del beneficiario, con ocasión de la incapacidad para subsistir por sus propios medios, por lo que, en cada caso se debe verificar si las varias fuentes de ingresos, hacen o no autosuficiente al reclamante de la pensión de sobrevivientes en relación con el afiliado o pensionado del que pretende derivar la prestación pensional (CSJ SL1704-2021). En conclusión, para la jurisprudencia, la viabilidad de la prestación dependerá de la prueba que

acredite la subordinación económica real y efectiva del hijo mayor de edad con invalidez respecto de sus progenitores.

Con arreglo a lo anterior, la actora requería acreditar tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes: *(i)* su calidad de hija del causante; *(ii)* la condición de invalidez; y *(iii)* la dependencia económica hacia el afiliado fallecido, precisando que los dos primeros quedaron fuera de debate, acorde con los hechos antes referenciados y que con la documental respectiva, se puso en evidencia su existencia, máxime que, la demandada aceptó al pronunciarse ante la convocatoria al proceso.

El debate se concreta en el tercero de los supuestos, por lo tanto, la Sala procede a analizar el material probatorio allegado al proceso.

Póliza de seguro exequial n° 14221323, de la Aseguradora Solidaria de Colombia, tomado por el causante, entre cuyos beneficiarios se encuentra la demandante, junto dos hijos más del asegurado principal y una persona de la que se dice es cónyuge (fl° 44 a 46 archivo 01 digital).

Copia de la Resolución SUB 346468 del 28 de diciembre de 2021 expedida por Colpensiones, que fue decretada de oficio por la juzgadora de primera instancia, en la audiencia del artículo 77 del CPT y de la SS, que da cuenta que la demandante es beneficiaria de una pensión de invalidez de origen común, reconocida por la entidad, a partir del 16 de julio de 2020, en cuantía inicial de \$1.335.444, con un retroactivo pensional equivalente a \$20.389.885, ingresado en la nómina de enero de 2022 (archivo 18 digital).

Certificación expedida por la Nueva EPS, que da cuenta que a la actora entre el 27 de febrero y el 6 de septiembre de 2020, le fue reconocidos tres valores por concepto de incapacidad equivalentes a \$233.435, \$2.177.867 y \$2.333.450, partiendo de un IBL de \$3.500.000, en su calidad de cotizante dependiente (ultimo archivo, carpeta 6.1ExpedienteAdministrativo).

Historia Laboral de la demandante con cotizaciones interrumpidas entre el 1° de enero de 2016 y el 31 de agosto de 2021, equivalentes a 232,57 semanas, con

un salario de cotización para la fecha del fallecimiento de su progenitor, de \$3.710.000 con el empleador Consorcio Etsa-Aci (fl° 14 a 19 archivo 06 digital).

Informe investigativo de Colpensiones, en donde se consignaron los siguientes datos de la entrevista realizada a la solicitante (archivo 67, de la carpeta 08 expediente administrativo):

Se entrevistó a la señora Liliana Patricia Hoyos Torres, identificada con CC 1110524970, quien afirmó ser la hija discapacitada del señor Carlos Eduardo Hoyos Varón, identificado con CC 14221323, quien fallece debido a COVID 19, hecho que se dio el día 01 de diciembre de 2020, en la ciudad de Ibagué. Manifiesta que este le aportaba mensualmente el valor de \$150.000 a \$200.000, el cual gastaba detalladamente así:

Servicios públicos: \$300.000

Pago seguro exequial: (desconoce valor afiliación)

La solicitante refiere que en la actualidad vive con Cristian Andrés Páez Vargas quien es su pareja sentimental. Indica no tener hijos.

Alude que dependía económicamente del causante debido a que su padre le colaboraba para ayudas del pago de los servicios o cuando se encontraba sin empleo le brindaba una mayor cantidad de dinero.

En la actualidad recibe ingresos por \$3.400.000. Y sus gastos actuales corresponden a:

Exámenes médicos \$167.000

Medicamentos \$50.000

Arriendo \$500.000

Servicios públicos \$300.000

Alimentación \$400.000

Pago deuda suegra para la especialización de la pareja \$1.500.000

Al indagarle por su familia, si esta le ayuda, refiere que por el momento ha solventado sus gastos gracias al salario que devenga como ingeniera forestal para el consorcio ETSA- ACI

Indica que desde que el causante falleció, ha sobrevivido debido al salario que devenga; además expresa que su pareja hace 8 días conseguido un empleo como ingeniero topográfico en la Agencia Nacional de Tierras, es un contrato a 6 meses por un valor total de \$28.000.000 pero aun no le han pagado, por lo que ella debe solventar todos los gastos del hogar, incluido el pago de un préstamo que adquirió su novio para pagar una especialización. La solicitante presenta una discapacidad relacionada con insuficiencia renal crónica. No obstante, esta discapacidad no le impide laborar. Información adicional de la entrevista: Es necesario tener en cuenta que el causante vivía en Ibagué en la carrera 7 # 19-79, no se hacen labores de campo en el lugar porque la solicitante vive hace un año en Bogotá.

Para verificar la información por la solicitante, se dialoga con la señora Melba Isabel Hoyos Varón, identificada con CC 38223384, residente en la carrera 7 # 19-79 de la ciudad de Ibagué, teléfono 3017226039; en calidad de hermano del causante, quien refiere que su hermano tenía tres hijos los cuales son mayores de edad; aclara que la señora Liliana Patricia Hoyos Torres es la única hija con una

discapacidad renal, por lo que el señor Carlos Eduardo Hoyos Varón le colaboraba para sus gastos personales además de tenerla afiliada al seguro exequial, debido a que los trabajos de la solicitante son temporales. Finalmente, expresa que su hermano falleció el 1 de diciembre del año 2020 debido a COVID 19 y la solicitante ha solventado sus gastos con la colaboración que la entrevistada le brinda y piensa que su pareja sentimental también la apoya.

Aunado a esto se dialogó con el señor Luis Enrique Hoyos Varón, identificado con CC 14221322, residente en la manzana 10, casa 3, conjunto residencial La Castilla de la ciudad de Ibagué, teléfono 3005585489; expresa que su hermano le aportaba económicamente a la solicitante debido a que la señora Liliana Patricia Hoyos Torres, ha laborado por contratos esporádicos, por lo que el causante le colaboraba para el pago de los servicios o algunos gastos de alimentación. A su vez, afirma que la solicitante tiene problemas renales por lo que le deben hacer diálisis. Finalmente, informa que el señor Carlos Eduardo Hoyos Varón, falleció el 1 de diciembre del año 2020 debido a COVID 19, expresa que no tiene claridad de cómo ha solventado los gastos la solicitante debido a que no ha conversado con ella últimamente.

En el informativo rindió interrogatorio la demandante, quien ante las preguntas del juzgado y la apoderada de Colpensiones, indicó que tenía un compañero permanente, pero que para la fecha del fallecimiento de su padre, no convivía con él; que su progenitor vivía en una casa familiar en Ibagué y que ella lo visitaba regularmente; que para esa misma fecha, ella trabajaba en Bogotá con un consorcio, de lo cual obtenía ingresos por \$3.500.000, cuya prestación del servicio databa del 16 de diciembre de 2019; que el afiliado le ayudaba en los gastos de manutención mensualmente con giros entre \$800.000 y \$1.200.000, los cuales invertía en exámenes médicos, mercado, medicamentos, transporte, lo que además también satisfacía con el dinero devengado; que a partir de enero de 2022, le fue reconocida la pensión de invalidez, por ende, con dichos recursos suple la ayuda que le prodigaba su padre (archivo 16, minuto 14:50 a 24:11).

Carlos Alberto Hoyos en calidad de hermano de la demandante, señaló que para el momento del fallecimiento de su padre, todos estaban alejados, pues él vivía en Tunja, su progenitor en Ibagué y su hermana en Bogotá, pero, pese a la distancia siempre se comunicaban, por ende, se mencionaban los diversos asuntos, entre ellos, la ayuda que el señor Carlos Eduardo desde el 2018 le prodigaba a Liliana, cuando se enteraron del estado de salud de aquella, para lo cual, según le comentó el causante, le colaboraba a la actora con dinero entre \$800.000 a \$1.000.000, que provenían de recursos que ganaba en algunas obras adicionales; que para la fecha de fallecimiento de su padre, la hermana vivía en Bogotá, pero se encontraba allí desde hace varios años por temas laborales; que sabía de la existencia de una pareja de la demandante, que no vivía en ella, en

todo caso, ella se lo comentaba por teléfono o video llamadas; que los días previos al fallecimiento del señor Carlos, él viajó a Ibagué para asumir las gestiones médicas que le exigían los galenos dada la gravedad de la enfermedad porque en ese momento él era el único que podía asistir; y que Liliana después del deceso de su progenitor, solventó sus necesidades con el dinero de la pensión de invalidez, tal como ella se lo había comentado (25:20 a 39:59 ibíd.).

Por último, declaró Isabel Cristina Hoyos, también en calidad de hermana de la accionante, quien adujo que su padre vivía en Ibagué con una tía y Liliana vivía en Bogotá, debido a que tres años atrás, aproximadamente, le salió una oportunidad laboral; que sabe de la ayuda económica y en especie que le brindaba el señor Carlos Arturo, porque él se lo comentaba, cuyo aporte era entre \$800.000 y \$1.000.000 mensuales y mercado que le remitía con un conocido, pero, que desconocía la inversión de esos recursos por parte de su hermana; añadió, que los gastos de exequias se cubrieron con una póliza que tenía el asegurado, y que en vida de aquél, la familia trababa de reunirse una vez al mes, aunque la demandante procuraba visitarlo dos veces en ese mismo período, lo cual se redujo después con la pandemia Covid 19 (minuto 41:08 a 53:10 ibíd.).

Del estudio conjunto de los anteriores medios de convicción, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se colige que la demandante no dependía económicamente de su padre fallecido, como acertadamente lo concluyó la juzgadora de primera instancia, pues, aunque puede ser cierto que el afiliado le prodigó ciertos recursos, aquellos no pueden considerarse el sustento principal o determinante para el cubrimiento de las necesidades esenciales de la actora, sino una contribución periódica, que le servía para esa inversión, pero, no al punto que, sin ella, quedara inerme o desprotegida económicamente, pues como lo aceptó la misma demandante, en vida de su progenitor, se trasladó a Bogotá para ejercer una propuesta de trabajo, a partir de diciembre de 2019, de la cual obtenía ingresos superiores a los tres millones de pesos, lo cual se confirma con la historia laboral de la accionante, que como se reseñó, coincide en ese valor con el empleador allí reportado; incluso, la EPS con la cual estaba afiliada le reconoció el valor monetario por incapacidades en algunos lapsos por cuenta de su afiliación al sistema, lo que indica que la promotora del litigio, obtenía por su cuenta los ingresos para su propio sostenimiento, sin que hubiera acreditado gastos superiores o un valor excesivamente mayor, del cual no haya podido

sufragar con los recursos producto de su esfuerzo laboral, en cuanto, como se dijo en la parte conceptual, obtener algunos ingresos en sí mismo, no descarta la dependencia económica, pero, en un análisis armonioso, se requiere establecer, si los gastos superan los ingresos, a efectos de avaluar si la contribución del padre resulta determinante en la solución de esas necesidades, y sin la cual, la subsistencia corre peligro.

Como lo dijo la juzgadora de primer grado, los declarantes quienes son hermanos de la actora, les consta esa ayuda periódica de su progenitor hacía Liliana, porque aquél se los refería, esto es, que nunca tuvieron una percepción directa de los hechos, es más, resulta contradictorio que hayan afirmado que el señor Carlos le enviara dinero por sumas que oscilaban entre \$800.000 y \$1.200.000, si la misma historia laboral del afiliado da cuenta que cotizó con el mínimo legal, debido a que el aporte lo sufragaba con el apoyo del Estado, en razón de su afiliación al régimen subsidiado (fl° 25 a 31 del archivo 01 digital); y tampoco pudieron informar de posibles ingresos adicionales, pues Carlos Alberto Hoyos, aunque lo indicó tangencialmente en su declaración, precisó, que la razón de su dicho deviene de los comentarios de su padre, es decir, que jamás le constó personalmente ninguna situación, por lo que, esa deficiencia en la posición del testigo conduce a que el juzgador no le dé credibilidad y no genere el convencimiento necesario que se requiere en la verificación de los hechos, pues son mayores las probabilidades de equivocación, mentira o adición de supuestos que jamás ocurrieron, y por ello, desprovisto de valor demostrativo (CSJ SL 6 mar. 2007, rad 29422), lo cual deja huérfana de acreditación los hechos que se requieren para determinar si la dependencia económica se dio entre el afiliado y la reclamante.

Por otra parte, el hecho de que la demandante hubiera percibido la pensión de invalidez después del fallecimiento de su progenitor, contrario a lo indicado por la *a quo*, no es elemento que pueda tenerse en cuenta a la hora de buscar la dependencia económica, porque, ese elemento se debe hallar al momento del fallecimiento del causante, no después; como tampoco se requiere de la convivencia entre los interesados para establecer la sujeción económica al intentar la juzgadora preguntarle a los declarantes sobre las visitas o residencia de la demandante con el asegurado, sino un hecho real, que supone que no se cuenta con los medios suficientes para ser autosuficiente económicamente el

hijo del padre independientemente de la distancia, si acaso, como un elemento anexo que sume con los demás en la forma como se dispensó el aporte; pero, en todo caso, como se advirtió, la actora no logró acreditar que éste le brindaba el apoyo necesario, útil y determinante para solventar sus necesidades, solo alguna ayuda, luego de que aquél se enteró de los padecimientos en la salud, a partir del 2018, pero que, con el esfuerzo laboral de ella misma, pudo sufragar sus gastos.

Tampoco, el hecho de que el señor Carlos Eduardo hubiera contratado una póliza exequial que tenía como beneficiarios a sus hijos, entre ellos, la actora, es indicativo, por sí mismo o de manera aislada, de dependencia económica, pues ese contrato puede darse en una circunstancia particular o momento dado en la vida de las personas, en donde razones de afecto, colaboración, o para prever la asunción de un riesgo como lo es la muerte, un titular decide incluir a varios favorecidos, sin que por esa sola situación se pueda establecer que aquellos carecían de los recursos necesarios para asumir esa contingencia.

En otros términos, no se demostró la relevancia del aporte del afiliado fallecido; o el destino que la actora procuraba a ese monto de dinero que le entregaba su padre; su relevancia en la cuantía total de sus ingresos mensuales y, en general, la insuficiencia de las demás fuentes de dinero, por lo que, la ayuda económica que le proporcionaba el asegurado a Liliana no resultaba absolutamente necesaria para mantener su mínimo existencial en condiciones dignas, pues, pese a la enfermedad renal que aquella sufría -que a la postre determinó la condición de invalidez- acorde con la misma historia laboral suya, la patología sufrida no le impidió prodigarse sus propios recursos, que se insiste, no se demostró que fueran escasos para solucionar sus necesidades.

Así las cosas, al no encontrarse acreditada la dependencia económica para acceder a la prestación pretendida, se confirmará la decisión consultada. Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 14 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. Sin costas en el grado jurisdiccional.

Notifiquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105021 2021 00473 01
Demandante: Jesús Manuel Cruz
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

JESÚS MANUEL CRUZ, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los intereses moratorios del artículo 141 ibidem, la indexación de las mesadas adeudadas, costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, se indicó que: i) nació el 19 de septiembre de 1954, con cotizaciones durante toda la vida laboral por más de 1085 semanas; ii) el 19 de mayo de 2019, solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez; sin embargo, con respuesta SUB 177251

del 9 de julio de 2019, la entidad le negó la prestación, decisión que fue confirmada con la Resolución SUB 250739 del 13 de septiembre de 2019 y la Resolución DIR 11610 del 21 de octubre de 2019, en su lugar con actuación SUB 63869 del 5 de marzo de 2020, el organismo le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por valor de \$17.614.171, teniendo en cuenta un total de 1115 semanas de cotización; *iii*) laboró entre 30 de agosto de 1990 y el 31 de mayo de 1995 con el empleador Joman Distribuciones Ltda., pero en la historia laboral solo aparece reportado el período comprendido entre el 30 de agosto de 1990 y el 30 de mayo de 1991; que dicho patrono tuvo existencia jurídica hasta el 1° de noviembre de 1999; *iv*) al resolver sobre el reconocimiento pensional, la entidad no tuvo en cuenta el período faltante con dicha sociedad, el cual le daría el tiempo suficiente para acceder al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; *v*) como el organismo no fue diligente en las acciones de cobro por los ciclos dejados de cotizar por el empleador incumplido, está en el deber de convalidar esas semanas en la historia laboral.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 20 de septiembre de 2021 (archivo 02 digital), correspondiéndole por reparto al Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, quien, mediante auto del 13 de enero de 2022, la admitió (archivo 04 *ibid.*).

Efectuados los trámites de notificación de conformidad con el D. 806 de 2020 (archivos 06 y 07 *ibid.*) la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- se pronunció, oponiéndose a las pretensiones y en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al RPMPD y el número de cotizaciones que reposan en la historia laboral ISS, las respuestas negativas a la reclamación del actor y el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; el número de semanas efectivamente cotizadas por el empleador Joman Distribuciones Ltda., y la disolución y liquidación de dicha sociedad, a los demás adujo que no eran ciertos y que no le constaban. En cuanto a la defensa, expuso que el actor no tiene derecho al reconocimiento pensional, por cuanto no cumple con los requisitos mínimos para acceder a éste, dado que, con las semanas efectivamente cotizadas, no le alcanzan para ser beneficiario del régimen de

transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los períodos que solicita sean convalidados, no es viable dado que, se trata de ciclos de imposible recuperación o deuda incobrable, al tenor de lo previsto en el Decreto 2665 de 1988, por cuenta de la extinción de la sociedad deudora, máxime que tal situación fue puesta en conocimiento de la entidad después de 1999, cuando el empleador había sido disuelto y liquidado; y en todo caso, no le consta el vínculo laboral del cual surgieron esas cotizaciones.

Como excepciones de mérito propuso las de: inexistencia del derecho y de la obligación; inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de interés moratorio; carencia de causa para demandar; prescripción; compensación; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 08 ibíd.).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 26 de enero de 2023, dispuso (archivo 15 ibíd.):

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JESÚS MANUEL CRUZ conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN planteada por la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la parte demandante a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Líquidense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$600.000.

CUARTO: CONSULTAR la presente decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial en caso de no ser apelada oportunamente por la parte actora. La presente decisión queda legalmente notificada en ESTRADOS.

Para arribar a la conclusión anterior, estableció que los ciclos alegados por el demandante, no podían convalidarse porque no se acreditó la vinculación

laboral por ese período con la sociedad supuestamente incumplida. Sostuvo que, en cambio, se demostró que Joman Distribuciones Ltda., cotizó entre agosto de 1990 y mayo de 1991 con novedad de retiro, y aunque rindieron testimonio los señores Humberto Peña Peña y José Trinidad Hernández, no pudieron dar cuenta de la relación laboral precisa entre el actor y la aludida sociedad por el lapso reclamado, lo que tampoco permitía evidenciar si hubo falta de afiliación.

En ese orden, pasó a estudiar si con las semanas efectivamente cotizadas le alcanzaba para acceder a la prestación pensional por vejez, comenzando con el análisis del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual señaló que, el 1° de abril de 1994, el actor tenía 39 años, y en cuanto al número de cotizaciones, acumuló para esa data 657.42, insuficientes para que el estudio prestacional se diera con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 de la misma anualidad. Finalmente, consideró que tampoco bajo el amparo del artículo 33 de la Ley 100, modificado por la Ley 797 de 2003, porque, aunque logró la edad de los 62 años, no acumuló 1300 semanas para el 2016, que eran las mínimas exigidas para esa fecha, demostrando tan solo 1115 semanas cotizadas en toda la vida laboral. Con fundamento en ello, declaró probadas las excepciones de mérito que contrarrestaban directamente el derecho pensional reclamado, e impuso costas de la instancia al demandante.

Como el actor no interpuso recurso de apelación, le fue concedido el grado jurisdiccional de consulta, con base en lo previsto en el artículo 69 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, Colpensiones radicó escrito de alegaciones, para lo cual sostuvo que se debe confirmar la decisión absolutoria de primera instancia, dado que, el actor no acreditó los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, sin que en el conteo de semanas pueda ser tenido en cuenta el período comprendido entre el 1° de junio de 1991 y el 31 de mayo de 1995, supuestamente, con el empleador Joman Distribuciones Ltda., porque no le consta la existencia de un vínculo laboral por ese período, que la habilitara a

efectuar acciones de cobro, máxime que la sociedad se encuentra liquidada desde 1999.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar, si el demandante es merecedor del reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la aplicación, en este caso, del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, por tener cotizaciones al RPMPD por cuenta de Colpensiones, y si a ello se le puede sumar el ciclo correspondiente entre el 1° de junio de 1991 y el 31 de mayo de 1995 con la sociedad Joman Distribuciones Ltda., del cual aduce cotizaciones en mora, que la demandada no efectuó gestión de cobro alguno.

II. CONSIDERACIONES

Se encuentra fuera de discusión, pues así lo aceptó la pasiva al contestar el libelo, que el actor nació el 19 de septiembre de 1954; que, durante toda la vida laboral, aquél realizó cotizaciones al RPMPD; que, mediante la Resolución SUB 63869 del 5 de marzo de 2020, la entidad le reconoció la indemnización sustituta de la pensión de vejez con un equivalente a 1115 semanas cotizadas, en lugar del derecho principal por no cumplir con los requisitos mínimos, y; que con la sociedad Joman Distribuciones Ltda., solo se reportan cotizaciones por los ciclos comprendidos entre el 30 de agosto de 1990 y el 30 de mayo de 1991.

1. Del tiempo comprendidos entre el 30 de agosto de 1990 y el 30 de mayo de 1991.

Teniendo en cuenta dicha base, se debe recordar que la jurisprudencia laboral ha señalado que las semanas en mora, cuando el empleador incumple con su obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones y la entidad de ejecutar las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del asegurado en concordancia con lo establecido en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1887 de 1994; lo cual se diferencia de la falta de afiliación, cuya consecuencia será la constitución y traslado de la reserva actuarial respectiva a satisfacción de la entidad administradora.

En sentencia CSJ SL4282-2022, la Corte recordó:

1. Diferencia entre falta de afiliación y la mora patronal y consecuencias para el trabajador.

La inconformidad del recurrente radica, en que el Tribunal tuviera en cuenta para reconocer la pensión de vejez a la demandante, las semanas cotizadas por el empleador PROSESCO LTDA., en forma extemporánea, pues en su criterio, no se registró afiliación ni relación laboral, razón por la cual no pueden sumarse válidamente aquellas para el cómputo de semanas cotizadas, como tampoco, por cuanto esos pagos no son fruto de un cálculo actuarial.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1078-2021, en la que la Sala explicó la diferencia entre la falta de afiliación y la mora del empleador, así como las consecuencias de cada una, en la que se dijo en forma clara y categórica, lo siguiente:

Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].

*Lo anterior significa, que debemos considerar la existencia de mora patronal, cuando previamente se ha verificado, **que además de existir una relación laboral entre la empresa o persona natural y el trabajador, el empleador ha cumplido con su deber de afiliar oportunamente a su servidor al sistema de seguridad social**, pero ha dejado de hacer el pago de los aportes al sistema general de pensiones, los que debía realizar a través de la respectiva administradora del fondo pensional al cual se vinculó al asalariado. En este evento, la consecuencia de la conducta omisiva del empleador no se traslada al afiliado, si no se acredita que el fondo pensional adelantó las gestiones de cobro correspondientes, lo cual conduce a que ese tiempo deba ser tenido en cuenta en el historial laboral por la administradora para efectos del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, cosa distinta es que se advierta la omisión en el deber de afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por parte del empleador, **lo que apareja su falta de ingreso al sistema**, ya que, en tal circunstancia, aquel debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a*

través del denominado cálculo actuarial o título pensional, instrumento legal que refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y de cuyo traslado a la administradora pensional, por parte del empleador omiso, depende el reconocimiento de la prestación pensional. Tal circunstancia es la que estima el recurrente, se presentó en el caso bajo estudio, y que más adelante pasará a verificar la Sala. (Negrilla con el original).

Acorde con la jurisprudencia, ante la omisión de la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones, no es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado; así mismo, se ha explicado que es obligación del empleador pagar el cálculo actuarial, por los tiempos que omitió sufragar a satisfacción de la entidad de seguridad social, en aras de relevarlo del pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones, (CSJ SL4103-2017, CSJ SL4698-2020, CSJ SL5058-2020, CSJ SL1740-2021, CSJ SL3609-2021). Ello, porque esa es la forma en que se equilibran las cargas entre los actores del sistema, contribuyendo en la conformación del derecho pensional, máxime que en estos casos las entidades administradoras no tuvieron la posibilidad de gestionar algún cobro porque desconocían la existencia del vínculo laboral, en tanto que, si éstas conocen la afiliación y no ejercitan las labores persuasivas, tal situación no puede ir en desmedro del trabajador, dando lugar, como se advirtió en precedencia, que se tengan por válidas las cotizaciones incumplidas.

Con este parámetro, encuentra la Sala que en todos los reportes de la historia laboral del demandante que obran en el plenario (fl° 31 archivo 01, fl° 44, 239, 376, 391, 434, 476, 565, 655, 746, 888, 1105, 1110, 1126, 1144, 1187, 1203, 1211 y 1223 archivo 08), y que corresponden a diversas fechas, la entidad administradora del RPMPD, siempre ha contabilizado con el empleador Joman Distribuciones Ltda., el período comprendido entre el 30 de agosto de 1990 y el 30 de mayo de 1991, para un total de 39.14 semanas efectivamente cotizadas, sin lugar a mostrar modificaciones en ese lapso en cada reporte, es decir, por lo menos respectando la confiabilidad y seguridad de la información en esos ciclos.

Ahora, el actor echa de menos las cotizaciones de junio de 1991 a mayo de 1995 con ese mismo empleador, frente a lo cual, la jurisprudencia laboral también ha indicado que para convalidar los ciclos en los que no se efectuó pago de las cotizaciones, resulta esencial acreditar la existencia de un vínculo laboral, ello,

por cuanto para los trabajadores dependiente afiliados, los aportes se generan a partir de la efectiva prestación del servicio, con independencia de que se presente mora del empleador en su pago.

Sobre esta temática la Corporación en providencia CSJ SL1691-2019, expresó:

Por otra parte, también el juez plural determinó que para contabilizar las semanas reportadas con mora del empleador, era necesario acreditar que en ese lapso existió un vínculo laboral, o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en esos periodos.

Tal razonamiento tampoco es equivocado y, por el contrario, está acorde con lo adocinado por esta Corporación en su jurisprudencia (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092-2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018). Precisamente en la providencia CSJ SL3707-2017, la Sala señaló:

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente dicha situación, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Conforme lo anterior, en el caso de un trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, las cotizaciones legalmente se causan o generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL 34256, 10 feb. 2009, CSJ SL9808-2015 y CSJ SL13276-2015), criterio que se acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición (Subrayas fuera de texto).

Y, en la sentencia SL4282-2022 antes referenciada, se dijo:

2. El precedente de la Corte frente a la acreditación del vínculo laboral al momento de convalidar el tiempo cotizado.

*Se advierte además, que frente al tema planteado, la Sala ha adocinado que para contabilizar los periodos registrados en mora en la historia laboral, **en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar**, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones, las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021).*

Como lo advirtió la Corte, solo en caso de incertidumbre o duda en la causación de las cotizaciones, inclusive, para evitar fraudes al sistema con la simple consigna de la omisión de las gestiones de cobro por parte de las

administradoras, es posible exigir la acreditación de elementos persuasivos sobre la vinculación laboral, y por consiguiente, la generación de los aportes, lo cual debe recaer fundamentalmente en el empleador y, secundariamente, en el afiliado, porque tanto la afiliación que supone la vinculación al sistema general de pensiones, la cual es obligatoria y permanente, (artículos 11 y 13 del Decreto 692 de 1994), como el reporte de las novedades es obligación del empleador, efectuarlas de manera oportuna (artículo 32 ibídem), lo que implica que el diálogo inicial y las sucesivas comunicaciones que incidan en el sistema general de pensiones es entre el empleador y las administradoras, y por ello, sean esos actores los que deban proceder a corregir los errores y no trasladar cargas injustificadas al trabajador, que muchas veces, después de muchos años o con la extinción de las personas jurídicas o naturales para las cuales prestó el servicio, o el extravío de los documentos de soporte, resulta difícil la tarea de evidenciar el nexo laboral.

Lo anterior se trae a colación, porque con el simple dicho del demandante sobre su relación contractual con la sociedad Joman Distribuciones Ltda., entre junio de 1991 y mayo de 1995, no puede entenderse que esa persona jurídica entró en mora, máxime que a folios 93, 98 y 1221 del archivo 08 digital, se da cuenta que ese empleador reportó como novedades el ingreso el 30 de agosto de 1980 con un salario de \$47.370 y el retiro del trabajador, el 30 de mayo de 1991 con una retribución de \$54.630, lo cual, en principio resulta creíble y razonable, porque al no haber alteración en esas fechas, por lo menos, se entiende que el organismo cumplió la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, que se enfoca en las características mínimas que deben reunir los datos contenidos en los registros laborales.

Por lo que, ante esa información relevante en la cual se indica que el empleador presentó una novedad de retiro el 30 de mayo de 1991, le corresponde al afiliado aportar pruebas de la continuidad laboral o celebración de un nuevo vínculo, a efectos de tener certeza sobre el incumplimiento de la sociedad en su deber de cotizar, si es que ese reporte no obedece a la realidad, u omitió afiliarlo debido a la posterior contratación, con el propósito de establecer cuál es la responsabilidad de la entidad administradora.

Y, en ese punto, como lo concluyó la *a quo*, no obra medio de convicción que dé seguridad de la existencia del nexo laboral en el período aducido por el promotor del litigio, porque, aunque declararon los señores Humberto Peña Peña y José Trinidad Hernández Carrillo, quienes como amigos y conocidos del demandante, adujeron que aquél se vinculó con la sociedad Joman Distribuciones Ltda., en 1990, también fueron precisos en indicar que nos les constaba datos exactos sobre el desarrollo la relación laboral, pues, por el lado del señor Hernández Carillo, éste fue compañero de trabajo como jefe de personal hasta 1992, y de ahí en adelante no podía dar fe de lo corrido, si acaso, lo que le contaba el mismo actor, y por el lado del señor Peña, como conductor, aunque dijo que después de 1991, el actor continuó con dicha sociedad, no dio razones de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos de los que dijo conocer, lo cual no se satisface con haber señalado que transportaba mercancía y veía al actor en esas fechas, dado que, esa mención deja duda a la Sala sobre esa vinculación laboral alegada por el demandante, sobre todo, si en efecto hubo una continuidad, y si se trataba de un contrato de trabajo, porque dicho declarante fue expreso en señalar que no podía dar razón de esos aspectos (diligencia del 23 de enero de 2023, parte I minuto 33:30 a 45:39 y parte II, minuto 00:20 a 20:47, archivo 14 digital).

Entonces, como ciertamente el período alegado por el accionante no puede ser tenido en cuenta en la historia laboral, en cuanto no se evidencia que sea fruto de un nexo laboral que le dé causa a las cotizaciones obligatorias, y por el cual la demandada se le exijan gestiones de cobro, como tampoco una omisión legal del empleador en afiliarlo, la Sala procederá a estudiar si con el reporte final del haber informativo, le alcanza para acceder a la prestación pensional reclamada.

2. De la pensión de vejez

Se debe analizar, si efectivamente, el actor es beneficiario del régimen de transición. En ese sentido, cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que, para ser incluido en dicho régimen

y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad -40 años para el caso del hombre- o el de tiempo de servicios cotizados -15 años de servicios o cotizaciones-.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estuviera vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo; estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia de la reforma constitucional (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el beneficio transicional contemplado en la Ley de seguridad social integral, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, como se estableció al inicio, y en todo caso, acorde con la copia de la cédula de ciudadanía (fl° 153 archivo 08 digital), se puede establecer que el demandante, al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 39 años, por lo que, puede decirse que por la edad no es beneficiario del régimen de transición; tampoco por la densidad de cotizaciones, ya que, si se revisa la historia aboral actualizada con corte al 14 de septiembre de 2020 (fl° 1195 a 1202 ibíd.) el actor acumuló 644,28 semanas, insuficientes para acceder a esa protección. Y en toda la vida laboral 1.115,17.

Entonces, como el accionante no adquirió el régimen que le permitía acceder al derecho pensional con el Acuerdo 049 de 1990, su caso debe ser estudiado con la regulación de la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003, que dispuso que hasta el 31 de diciembre de 2013, se conservaba la edad para acceder a la

pensión en 60 años de edad para los hombres y 55 años para las mujeres, pero, a partir del 1° de enero de 2014, las edades para el reconocimiento de la pensión aumentaron a 62 y 57 años, respectivamente, y en cuanto a las semanas cotizadas o su equivalente en servicios, a partir del año 2005 se exigen 1050 semanas aumentando cada año 25 semanas adicionales hasta llegar a las 1300 para el año 2015.

En el asunto, es claro que, para el 2016, fecha en la cual el actor cumplió los 62 años de edad, se exigían 1300 semanas de cotización, las que, como se mencionó en líneas precedentes, el señor Jesús Manuel Cruz no alcanzó, pues para esa fecha completó tan sólo 995. Así las cosas, como a la fecha, la norma exige 1300 y el demandante tan sólo tiene en su haber laboral un total de 1115.71, hasta julio de 2019, según su última cotización, es claro que no puede hacerse acreedor a la pensión de vejez solicitada; lo cual implica confirmar la sentencia consultada que absolvió a la entidad demandada de todas las súplicas incoadas en su contra.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2023, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105021 2021 00473 01

Demandante: Jesús Manuel Cruz

**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES-**

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105036 2019 00602 01
Demandante: Carolina Pinzón Santos
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

CAROLINA PINZÓN SANTOS, a través de su guardadora María Gladys Santos de Guerrero, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, con el fin que se declare que su progenitora Blanca Santos Pinto, fallecida el 9 de julio de 2012, era beneficiaria de la pensión de invalidez de origen común y, como consecuencia, se ordene el reconocimiento de la sustitución de dicha prestación, con la respectiva indexación, y la indemnización por daños y perjuicios, más las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas las actoras, en síntesis, se indicó que: *i)* Blanca Santos Pinto era afiliada al entonces ISS hoy Colpensiones, a partir del 1° de julio de 1999, y cotizante como madre comunitaria desde el 1° de septiembre de 2008; *ii)* la señora Santos Pinto fue calificada mediante dictamen n° 3828 del 22 de junio de 2012, el cual dictaminó un 50.15% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 26 de marzo de esa misma anualidad; *iii)* aunque desde el 15 de mayo de 2012, había radicado solicitud de reconocimiento pensional, con respuesta del ISS n° 285770 que se pronunció exclusivamente sobre la corrección de historia laboral; *iv)* la afiliada falleció el 9 de julio de 2012 sin haber obtenido el reconocimiento a la pensión de invalidez, pese a que logró cotizar las 50 semanas durante los últimos tres años anteriores al fallecimiento, pero le sobrevivió su hija Carolina Pinzón Santos, quien fue declarada interdicta por el Juzgado 27 de Familia de Bogotá, el 21 de julio de 2016, por discapacidad mental absoluta y con fundamento en el dictamen practicado por Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, además de depender económicamente de la asegurada.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 8 de abril de 2019 (fl° 131, archivo 01 digital), quien mediante auto del 8 de mayo de esa anualidad lo remitió por competencia a los Juzgados Administrativos de esta ciudad (fl° 133 a 136 *ibíd.*), asumido por el Juzgado 56, quien, a su vez, con proveído del 3 de julio de 2019 (fl° 142 a 144 *ibíd.*) declaró que tampoco era competente para conocer del asunto, por ende, lo remitió a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, para finalmente asumir su conocimiento, el Juzgado 36 Laboral, quien lo admitió con auto del 12 de diciembre de 2019 (fl° 150 y 151 *ibíd.*).

Notificada la demanda de conformidad con las previsiones del parágrafo del artículo 41 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, esto es, el aviso judicial a entidades públicas, el 23 de enero de 2020 (fl° 152 *ibíd.*), se pronunció Colpensiones.

Dicho organismo se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos solo aceptó los relacionados con la calificación de la asegurada, la fecha del

fallecimiento, la solicitud inicial de la prestación y su respuesta, a los demás adujo que no eran ciertos y que no le constaban. Sostuvo, que no era viable efectuar reconocimiento alguno, porque la afiliada aparecía en la historia laboral en calidad de traslado al RAIS, desde el 1° de noviembre de 1994 a la AFP Porvenir SA, pese a que efectuó cotizaciones en el 2008 con el consorcio Prosperar en el RPMPD, por ende, para la fecha de estructuración de la invalidez, era el ente privado el que debía dar respuesta a esa reclamación. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, prescripción, no configuración de intereses moratorios e indexación, no configuración y reconocimiento de daños y perjuicios, imposibilidad de condena en costas y la genérica (fl° 155 a 167 ibíd.).

Por cuenta de las medidas de descongestión implementadas por el Consejo Superior de la Judicatura, concretamente, los Acuerdos PCSJA20-1186 y CSJBTA20-109, del 2020, el asunto fue asumido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, quien avocó conocimiento mediante auto del 23 de marzo de 2021 (archivo 07 digital).

En audiencia celebrada el 25 de mayo de 2021 (fl° 11 digital), el *a quo* ordenó la integración del contradictorio con la AFP Porvenir SA, quien pese a ser notificada de conformidad con lo previsto en el Decreto 806 de 2020 (archivo 13 digital), ésta no se pronunció. Así mismo, se acreditó, que la demandante Carolina Pinzón Santos falleció el 5 de julio de 2020, pero tenía a dos hijos menores (archivo 11 digital), por lo que, mediante providencia dictada en la audiencia del artículo 77 del CPT y de la SS, del 6 de junio de 2022, el juzgador de primer grado declaró la sucesión procesal respectiva (archivo 22 digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 15 de febrero de 2023, dispuso (archivo 31 y 33 digital):

PRIMERO: DECLARAR que la causante Blanca Inés Santos Pinto dejó causado su derecho a la pensión de invalidez post mortem desde el 26 de marzo de 2012, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas prescripción e inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, y se abstiene el Despacho de pronunciamiento alguno respecto de los demás medios exceptivos formulados, conforme a lo expuesto.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Carolina Pinzón Santos, conforme a lo expuesto.

CUARTO: Sin pronunciamiento alguno respecto de los vinculados al proceso, en atención a lo considerado.

QUINTO: En caso tal de que la presente decisión no sea apelada CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.

SEXTO: Sin costas en esta instancia Decisión notificada en estrados.

Para arribar a la conclusión anterior, lo primero que el juzgador concluyó fue que la señora Blanca Inés Santos, estaba válidamente afiliada al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones, pues, aunque se había acreditado un traslado al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, en realidad se trataba de afiliación aparente, con fundamento en lo previsto en el D. 3395 de 2008, dado que, la causante jamás llevó a cabo cotizaciones en ese régimen, por el contrario, en la historia laboral reposaban los aportes desde octubre de 2008 al ISS, por cuenta del beneficio del fondo de solidaridad pensional administrado por el entonces consorcio Prosperar.

Precisó, que, a partir de allí, la entidad pública no hizo ninguna observación a esas cotizaciones, por ende, dando aplicación a la teoría de la afiliación tácita y los principios de buena fe y confianza legítima, aseguró que el organismo del RPMPD, generó la creencia verdadera de que la causante estaba válidamente afiliada a ese régimen.

Aclarada esa parte, pasó al estudio de la pensión de invalidez, indicando que, como la estructuración de la invalidez, acorde con calificación que elaboró el entonces ISS, se dio el 26 de marzo de 2012, la norma aplicable era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, que exigía 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la aludida estructuración de la invalidez, que para el caso, comprendía el lapso entre el 26 de marzo de 2009 y ese mismo día y mes del 2012, en donde se había acreditado 154.29 y un total de semanas en toda la vida laboral de 228.29, partiendo del

hecho de que la asegurada fue considerada invalida con un porcentaje del 50.7% de PCL.

Así, concluyó que la causante era beneficiaria de la pensión de invalidez de origen común y, por lo tanto, ascendería a un (1) smmlv, a partir del 26 de marzo de 2012, por trece mesadas, pero como la demandada propuso la excepción de prescripción, el retroactivo que se generó entre la causación de la prestación y la fecha del fallecimiento de la asegurada, quedó cobijado por dicho fenómeno, por cuanto no se había demostrado reclamación alguna en ese sentido, sin que la petición del 31 de marzo de 2017, -resuelta mediante la Resolución SUB 69077 del 18 de mayo de esa anualidad, confirmada a través de actos SUB 282599 del 7 de diciembre de 2017 y DIR 23099 del 18 de diciembre también de ese año- que presentó la actora, tenga validez para ese efecto.

Luego indicó que, pese a que esas mesadas ya no podían ser reclamadas por haberlas cobijado el fenómeno deletéreo, el derecho pensional se sustituía en sus beneficiarios, y como la causante falleció el 9 de julio de 2012, se aplicaba a la prestación de sobrevivientes, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, para el caso, la acreditación de un hijo en condición de invalidez que dependiera económicamente.

Añadió, que, pese a que se acreditó la calidad de hija de la demandante, no se había cumplido con el requisito de la invalidez, conforme a las exigencias del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, esto es, un dictamen que diera cuenta del porcentaje de PCL, expedido por la entidad competente, y como no se había demostrado ese supuesto, el juzgado se relevaba de estudiar la dependencia económica, por ende, absolvió de dicho reconocimiento a Colpensiones.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la apoderada de la demandante la recurrió en alzada, señalando que, contrario a lo concluido por el juzgador, a Carolina Santos le asistía el derecho a la pensión de sobrevivientes como hija invalida, pues con el certificado que daba cuenta de la discapacidad total proveniente del juzgado de familia, era suficiente para ese propósito. Añadió, que el retroactivo

que se generó de la pensión de invalidez no quedó cobijada por la prescripción, pues el juzgado desconoció que la causante reclamó en primera oportunidad esa prestación en mayo de 2012.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones solicitó que se confirme la decisión impugnada, para lo cual, indicó que: *“(…) no es procedente el reconocimiento de una pensión de Invalidez Post – Mortem, en atención que consultada la historia laboral de la causante, en estado de afiliación aparece la observación “TRASLADADO” por lo que se procedió a escalar la consulta a la Vicepresidencia Comercial y Servicio al Ciudadano Radicado N° 2028_16277740 para determinar la afiliación de la señora BLANCA INES SANTOS PINTO; dicha dependencia responde: “(…) Para la fecha en la cual se presentan los pagos del Consorcio Prosperar (2008) el ciudadano no cumplía con el requisito de la edad para el traslado (49) años, al afiliación valida del ciudadano se encuentra en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”. Lo que indica que la causante al momento del fallecimiento tenía activa una afiliación al fondo privado de pensiones AFP PORVENIR S.A. desde el 1 de noviembre de 1994. Se tiene entonces, que la causante presenta solicitud ante Colpensiones en el año 1998, el cual no se procesa por tener inconsistencias en el formulario de afiliación, de tal manera que la vinculación la AFP PORVENIR es válida.”*

Por su parte, la apoderada de la demandante, si bien radicó un escrito de alegatos, al verificarse su contenido, se observa que no guarda relación alguna con el proceso ordinario en el que aquella funge.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, de conformidad con los argumentos del recurso de apelación, y en virtud del grado jurisdiccional consulta, corresponde a la Sala dilucidar en primer lugar, si la causante Blanca Inés Santos, a la fecha de la muerte tenía derecho a la pensión de invalidez, en caso afirmativo, si dejó causado un retroactivo pensional, y si éste quedó cobijado por la figura de la prescripción que propuso la demandada, y que el *a quo* declaró probada; en segundo lugar, si la demandante es acreedora de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su progenitora, en la calidad de hija invalida que dependía económicamente.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la apoderada de Carolina Pinzón Santos.

En el caso que ocupa la atención, no fue discutido en la alzada que: *i)* Blanca Inés Santos estuvo válidamente afiliada al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones; *ii)* que dicha asegurada fue calificada por esa entidad el 22 de junio de 2012, quien le dictaminó una PCL equivalente al 50.15% y fecha de estructuración de la invalidez, el 26 de marzo de 2012; *iii)* que la causante cotizó en toda su historia laboral un total de 228.29 semanas y que dentro del período comprendido entre el 26 de marzo de 2009 y ese mismo día y mes del 2012, un equivalente a 154.29 semanas, esto es, que la afiliada sufragó al sistema 50 semanas, dentro de los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez; *iv)* que la señora Inés Santos falleció el 9 de julio de 2012, sin haber alcanzado a disfrutar de la prestación pensional; *v)* que a la causante le sobrevivió su hija hoy demandante Carolina Pinzón Santos, quien nació el 22 de octubre de 1980, según el registro civil de nacimiento; *vi)* que mediante sentencia del 21 de julio de 2016, proferida por el Juzgado 27 de Familia de Bogotá, Carolina fue declarada en interdicción judicial por discapacidad mental absoluta, para lo cual fue nombrada como guardadora principal, María Gladys Santos de Guerrero; *vii)* que la actora falleció el 5 de julio de 2020, pero a su vez, le sobrevivieron dos hijos menores, y; *viii)* que el 31 de marzo de 2017, la activa, a través de su representante reclamó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con respuesta negativa de la entidad mediante la Resolución SUB 69077 del 18 de mayo de esa anualidad, confirmada a través de actos SUB 282599 del 7 de diciembre de 2017 y DIR 23099 del 18 de diciembre también de ese año.

1. De la pensión de invalidez

El juez de primer grado concluyó que la fallecida Blanca Inés Santos a la fecha de su muerte tenía derecho a la pensión de invalidez, como quiera que en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la PCL tenía 154.29 semanas cotizadas.

No ofrece discusión la condición de invalida de dicha señora, así se colige del dictamen n° 3828, emitido por el entonces ISS del 22 de junio de 2012, quien le dictaminó una PCL equivalente al 50.15% y fecha de estructuración 26 de marzo de 2012 (fl° 50 y 51 archivo 01 digital). Tampoco es motivo de controversia que entre el 3 de mayo de 1979 y el 31 de julio de 2012, cotizó 228.29 semanas, de los cuales, en realidad, entre el 26 de marzo de 2009 y esa misma fecha de 2012, alcanzó 146.43, pues, así se colige de la historia laboral visible en el archivo 06 digital.

Por lo tanto, como bien lo concluyó el *a quo*, la *de cujus* tenía en su haber la pensión de invalidez, con apego a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma aplicable para el estudio de dicha prestación. Por lo que se confirmará este punto de la sentencia.

2. Del retroactivo de la pensión de invalidez

Pues bien, considerando que la causante señora Blanca Inés Santos dejó causada la prestación del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y que ésta era beneficiaria de la pensión, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, la cual se concretó el 26 de marzo de 2012, y que el fallecimiento se dio el 9 de julio de esa anualidad, es claro que, se generó un retroactivo por mesadas en ese período, las cuales debían reclamarse dentro del término legal, so pena de ser declaradas prescritas, por así haberlo propuesto la demandada en su contestación.

Cabe recordar, que, de antaño, la jurisprudencia laboral ha señalado que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento, y otra, los derechos económicos derivados de la prestación, pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo

previsto en el artículo 488 del CST y 151 del CPT y de la SS; de ahí, que la declaración de la pensión es imprescriptible, mientras que el crédito o suma específica que de allí se deriva, que surge individualmente y que se debe exigir en el tiempo, prescribe en los términos de las contadas normas laborales (sentencias CSJ SL, 5 jul. 1996, rad. 8397; CSJ SL, 4 jun. 2008, rad. 28479; CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 39347 y CSJ SL12715-2014, entre muchas otras).

Por consiguiente, atendiendo que, de conformidad con los artículos 151 del CPT y de la SS, 488 y 489 del CST, el fenómeno de la prescripción extintiva opera por la no reclamación del derecho dentro de los tres años siguientes al momento en que surge la respectiva obligación, la cual se puede interrumpir con el simple reclamo escrito del afiliado, por una sola vez, oportunidad desde la que comienza a contarse de nuevo el trienio señalado en las disposiciones citadas; y advirtiendo que la pensión es una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, es claro que se pueden presentar múltiples interrupciones, ya que cada mesada pensional tiene un término de contabilización (CSJ SL794-2013), lo causado hasta el 9 de julio de 2012, tenía la beneficiaria hasta ese mismo día y mes del 2015, para interrumpir, lo cual, como lo indicó el *a quo*, la señora Blanca Inés no reclamó, pues la solicitud que refiere la impugnante, que es del 15 de mayo de 2012 (fl° 39 archivo 01 digital), fue dirigida al entonces ISS, con el propósito de que le actualizara las semanas cotizadas en su historia laboral, informándole a la entidad, que se encontraba en proceso de calificación para un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez, de lo cual, el organismo se refirió en respuesta del 15 de junio de ese mismo año (fl° 45 *ibíd.*), comunicándole el número de semanas cotizadas a esa fecha y ante cualquier duda indicándole el procedimiento a seguir a la afiliada, es decir, que se trata de un asunto diferente al que realmente interesa para efectos de interrupción de la prescripción, que era específicamente, la solicitud de pensión de invalidez.

Aunque reposa una reclamación de la demandante a través de su representante del 31 de marzo de 2017 (fl° 62 a 67 *ibíd.*), en cuyo contenido, la solicitante reclama el pago del retroactivo a que haya lugar derivado de la pensión que se debía sustituir, es claro que esa petición, ya no tiene el mérito de revivir el crédito de ese lapso, porque se trata de unas sumas dinerarias únicas que se causaron en ese interregno, que como tal, debieron reclamarse a tiempo y por una sola vez.

En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia en dicho punto.

3. De la pensión de sobrevivientes de hijo inválido

Como se determinó que Blanca Inés Santos Pinto falleció el 9 de julio de 2012, efectivamente, las normas aplicables a la prestación de sobrevivientes son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, las cuales establecen que tienen derecho a esa garantía *“los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”*, y para el caso *“(…) los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez (…)”*.

Sobre la interpretación de la norma que concede la pensión de sobrevivientes del hijo mayor de edad que sufre de discapacidad requiere acreditar: *i)* prueba del parentesco con el causante, *ii)* la pérdida de capacidad laboral y *iii)* la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor. Sobre lo primero, se requiere medio idóneo que demuestre el lazo consanguíneo o civil, o la prueba libre para los hijos de crianza (CSJ SL1939-2020), asunto que aquí no se debate; así mismo, para determinar la invalidez del descendiente se debe acudir al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que dispone que *“para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*, supuesto que, como se vio, es el que la impugnante discute, y por último, la dependencia económica.

Así, en sentencia CSJ SL3348-2021, precisó:

Pues bien, para dar respuesta a los argumentos de la censura debe partirse de que, en tratándose del derecho a la pensión de sobrevivientes, esta Sala en forma pacífica y reiterada ha sostenido que, por regla general, la norma que gobierna el derecho reclamado es la vigente al momento del fallecimiento del causante, que para este caso corresponde al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dado que la defunción ocurrió el 28 de abril de 2010, y norma que dispone que se tendrá derecho a la prestación en calidad de hijo inválido, siempre que se acredite esa condición en los términos del artículo 38 de la Ley 100, conjuntamente con la dependencia económica; así reza en el texto indicado:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

[...]

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (lo resaltado fue declarado inexecutable)

Del contenido del precepto brota con claridad, que para que se cause a favor del hijo inválido el derecho a la pensión de sobrevivientes es menester que la dependencia económica y la invalidez se padezca al momento del fallecimiento del padre, pues no es otro el sentido de la protección que brinda la seguridad social, a quien, debido a esa condición, tiene que soportar el estado de necesidad creado por el deceso de su progenitor, de quien en ese momento dependía económicamente.

Para la Corte, es oportuno precisar que la contingencia protegida por la seguridad social a través de la pensión de sobrevivientes es la muerte del afiliado o pensionado, cuando este hecho inevitable de la vida produce una consecuencia en las personas beneficiarias que en el momento de la defunción convivían o dependían económicamente del causante, siempre que pertenezcan a la población objeto de cobertura, que en el caso de los hijos son los menores de edad, los estudiantes hasta los 25 años y los que padecen una invalidez, quienes demandan una protección y atención inmediatas, de tal manera que, si esas condiciones no están dadas al acaecimiento del suceso objeto de protección por el sistema de pensiones, no se causa el derecho a la pensión de sobrevivientes, como sucede cuando la invalidez del hijo se estructura con posterioridad al hecho generador de la protección, es decir, por fuera de la cobertura del riesgo o de la contingencia.

En ese sentido, no hay que olvidar que la contingencia de la pérdida de la capacidad laboral en sí misma considerada, está protegida con otro tipo de prestaciones establecidas según el grado con el que se manifieste, a través de la incapacidad temporal o la pensión de invalidez, que se ofrecen como solución a la limitación vital o laboral que impide al asegurado obtener el ingreso para la satisfacción de las necesidades básicas, por lo tanto, no se puede confundir la contingencia de la muerte protegida a través de la pensión de sobrevivientes, con la contingencia de la pérdida de la capacidad laboral o la invalidez, porque esta última sí puede ocurrir en cualquier tiempo para que se activen los mecanismos de protección, claro está, si se cumplen los requisitos de semanas de cotización exigidas para la pensión de invalidez.

Es reiterada la jurisprudencia en donde se informa sobre la necesidad del cumplimiento de los requisitos de la dependencia económica y del estado de invalidez al momento del deceso del progenitor, para que se cause la pensión de sobrevivientes a favor del hijo inválido, conforme al literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; sin embargo, no se desconoce que en algunas circunstancias particulares, esta Sala ha encontrado justificación jurídica y social para mantener la sustitución pensional que el hijo menor viene disfrutando, la cual continúa percibiendo por la incapacidad laboral causada en razón de la atención de sus estudios y que luego sobrevenga un estado de invalidez, sin que exista motivos razonables para suspender el pago de la pensión, lo que aquí no sucede.

Ahora bien, el precepto materia de análisis precisa que para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que básicamente se refiere a que se debe establecer una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, para efectos de que se considere inválida la persona, conforme al manual único para la calificación de la invalidez vigente a la fecha de la calificación, como se desprende del artículo 41 ibídem, que, en este caso, por haber la entidad demandada calificado al actor el 17 de marzo de 2018, corresponde al manual contenido en el Decreto 1507 de 2014, que derogó expresamente el Decreto 917 de 1999, lo que se traduce en la impertinencia del cargo al plantear la infracción directa del artículo 3 de este último decreto, pues, como se dijo, no era la norma aplicable, por encontrarse derogada al momento de la calificación. Subrayado de la Sala

De manera que, para la jurisprudencia laboral, cuando la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los cuales se exige la calidad jurídica de invalidez, es aquella que se deriva de la regulación establecida en el 38 de la Ley 100 de 1993, que exige la configuración de una pérdida de capacidad laboral del 50%, a través de las pruebas técnicas pertinentes previstas en la regulación de seguridad social, es decir, que alguna de las entidades pertinentes den cuenta de ese porcentaje y no del simple estado de salud u otra condición. Así, por ejemplo, el alto Tribunal del trabajo, al referirse a la norma que prevé la pensión de sobrevivientes de los hermanos inválidos, lo cual sirve igualmente para los hijos en esa calidad, haciendo alusión a esta situación, en sentencia SL3331-2021 señaló:

En esa perspectiva, el término «hermanos inválidos», contenido en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 debe ser comprendido a partir de la regla contenida en el artículo 38 de la misma normativa, en la medida que en esta disposición el legislador indicó el presupuesto que debe darse para que una persona pueda considerarse en situación de invalidez en el ámbito de la seguridad social.

Por tanto, la Sala no ha aceptado como válidas aquellas posturas interpretativas que intentan demostrar que el concepto de «persona afectada de invalidez» contenido en la norma en referencia solo opera para los casos de la pensión de invalidez, pero no necesariamente para la pensión de sobrevivientes, en la medida que en este caso la invalidez podría derivarse de otras causas derivadas del paso de la edad o «ancianidad».

En el asunto, partiendo del hecho que no se discutió que la activa era la hija de la señora Blanca Inés Santos Pinto, la Sala no desconoce que, en vida de la accionante, se tramitó el proceso de interdicción ante el juez de familia, quien, ciertamente, a través de la sentencia del 21 de julio de 2016, Carolina Pinzón Santos fue declarada en esa condición, tomando como base, entre otros, el

examen psiquiátrico practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que concluyó que ella tenía un retardo mental *“que representa una discapacidad mental de etiología factorial y desconocida”*, por lo que el juzgador de familia, consideró que *“(...) la enfermedad que ésta padece es una situación irreversible que le impide suplirse sus propias necesidades dependiendo de un tercero para garantizarse cuidado y protección personal para sí misma y para sus menores hijos, no tiene capacidad para manejar dinero, administrar sus bienes y disponer de ellos. En estas condiciones es imperioso declararla en interdicción judicial por discapacidad mental absoluta, toda vez que sus limitaciones la inhabilitan para un normal desempeño en la sociedad, dirigirse a sí misma y administrar completamente sus bienes”* (fl° 56 a 58 ibíd.).

Pero, esa condición allí establecida no establece cuál es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, si es igual o superior al 50%, que es lo que permite identificar si una persona es inválida o no, máxime que, como lo explicó la Corte en la sentencia antes referida, esa calidad jurídica que trae el ordenamiento de la seguridad social es específica, y se determina con unas reglas científicas, que el juzgador no puede sustraerse o presumir de diagnósticos médicos, si acaso, le servirán para parametrizar una fecha de estructuración de la invalidez, cuando ello está en discusión, pero, no para determinar el porcentaje respectivo.

En ese sentido, como no obra ninguna prueba que ponga de presente que la demandante para dicha calenda haya presentado una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 50% que la invalidara, esto es, una invalidez antes o para la fecha del fallecimiento de su señora madre, efectivamente, el otro requisito sobre la dependencia económica, sobra en el análisis. Sin embargo, frente a este último supuesto tampoco se allegó prueba, y no basta como lo indica la recurrente la sentencia de interdicción proferida por el juzgado de familia del 21 de julio de 2016, en cuanto se requiere de la verificación cercana de ese aspecto con su respectiva contradicción; y en todo caso, si se tuviera en cuenta esa providencia, es muy diciente lo concluido por el operador judicial de esa especialidad, al haber indicado que (fl° 53 archivo 01 digital):

(...) se tiene que CAROLINA PINZÓN SANTOS, quien padece discapacidad mental absoluta convive sola con sus dos hijos y que es su tía MARÍA GLADYS SANTOS quien le prodiga los cuidados y la protección que ella demanda por su condición especial, siendo en su calidad de pariente cercana idónea para representar a la incapaz (...)

Es decir, que Carolina no dependía económicamente de la causante, pues por ninguna parte de dicha sentencia se estableció que fuera su progenitora la que le prodigó los cuidados respectivos o velara por su sostenimiento económico en cierta época, lo cual deja huérfano de prueba ese aspecto que se requiere como uno de los elementos para sustituir en la prestación pensional.

Por lo dicho, se confirmará la sentencia de primera instancia. Las costas de primera instancia, a cargo de la recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. COSTAS a cargo de la recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de medio (1/2) smmlv, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Número de Proceso: 110013105036 2019 00602 01

Demandante: Carolina Pinzón Santos

**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES-**

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105012 2019 00690 01
Demandante: Lucinda Fandiño
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

LUCINDA FANDIÑO, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, con el fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 2 de noviembre de 1992, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto la indexación de las sumas reconocidas y las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, señaló que: i) el señor Adenis Cubillos Bustos nació el 14 de julio de 1962 y la actora, el 5 de marzo

de esa misma anualidad; *ii*) el causante estuvo vinculado con el Ministerio de Defensa Nacional entre el 14 de febrero de 1981 y el 18 de septiembre de 1982, acumulando 82 semanas, así mismo, laboró para empleadores privados con cotizaciones al entonces ISS hoy Colpensiones, entre el 26 de marzo de 1983 y el 2 de noviembre de 1992, para un equivalente a 221 semanas, que sumadas al tiempo público, completó 303 al sistema de seguridad social; *iii*) el afiliado convivió con la demandante, a partir del 5 de enero de 1983, de cuyo unión procrearon a tres varones, todos mayores de edad a la fecha de presentación de la demanda; *iv*) el señor Cubillos Bustos falleció el 2 de noviembre de 1992; *v*) la señora Lucinda Fandiño dependía económicamente del causante; *vi*) con ocasión del deceso del afiliado, el entonces ISS le reconoció a la peticionaria mediante la Resolución n° 9347 del 12 de junio de 1993, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente; *vii*) pese a ello, el 31 de octubre de 2018, la actora reclamó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero la entidad, mediante la Resolución SUB 326906 del 19 de diciembre de 2018, la negó, con el argumento de que el *de cuius* no había acreditado un mínimo de 300 semanas en cualquier época ni 150 dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento; *viii*) con respecto a dicho acto, la accionante interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron despachados desfavorablemente mediante resoluciones n° SUB 43490 del 21 de febrero de 2019 y DPE 875 del 20 de marzo de 2019, respectivamente (archivo 03 digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 21 de octubre de 2019 (archivo 05 *ibíd.*) y la misma fue admitida por el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá D.C., con proveído del 31 de octubre de ese mismo año (archivo 06 *ibíd.*), notificándose a la accionada el 12 de noviembre de 2019, con el aviso judicial previsto en el parágrafo del artículo 41 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001 (archivo 07 *ibíd.*).

La convocada se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con las fechas de nacimiento del causante y la actora, el número

de cotizaciones del *de cujus* por cuenta de los empleadores privados, la data de fallecimiento del afiliado y todos los actos administrativos relacionados por la actora expedidos por dicha entidad, al resto señaló que no eran ciertos y que no le constaban. En su defensa sostuvo que no era viable el reconocimiento pensional, debido a que el causante no logró el número de cotizaciones mínimas previsto por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, relacionado con las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento ni 300 en cualquier época. Preciso que, si bien se aportó certificado de tiempos públicos del causante al Ministerio de Defensa Nacional, para efectos de la prestación pensional reclamada no era viable su acumulación con las cotizaciones reportadas en la historia laboral, pues el Decreto 758 de 1990, solo permitía los aportes efectivamente realizados del sector privado.

Propuso como excepciones de mérito las de: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho a intereses moratorios ni otra indemnización, buena fe, y la genérica o innominada (archivo 08 *ibíd.*).

El asunto fue remitido por descongestión, de conformidad con los Acuerdos CSJBTA20-109 y PC20-11650, ambos de 2020, al Juzgado Cuarenta y Uno Laboral Circuito de Bogotá (archivo 11 *ibíd.*).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, el juzgado antes referido puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 25 de noviembre de 2022 en la que dispuso: (archivos 22 y 23 *ibíd.*).

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por LUCINDA FANDIÑO, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demandada en la suma única de \$1.000.000.

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.

Para arribar a la conclusión anterior, indicó que no estaba en discusión que el causante falleció el 2 de noviembre de 1992, por ende, la norma aplicable al estudio de la prestación era el Acuerdo 049 de 1990 en sus artículos 25 y 6°, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Que al revisarse la historia laboral aportada en el informativo, se encontró que el *de cujus* cotizó en el primer interregno, tan solo 85.14, y en el segundo lapso, 221, 86, que resultaban insuficientes para acceder a la prestación con dicha regulación.

Añadió, que, aunque estaba acreditado un tiempo público con el Ministerio de Defensa Nacional, aquél no se podía computar a las cotizaciones realizadas con los empleadores privados, porque la jurisprudencia laboral había enseñado que eso no era posible, concretamente, en la sentencia CSJ SL412 de 2021, en donde se había indicado que tal posibilidad únicamente surgió con la Ley 100 de 1993, pero como en este evento, el causante falleció en vigencia de una normatividad anterior que no permitía ese tipo de acumulación, para efectos del reconocimiento pensional, exclusivamente debía atenderse a las semanas efectivamente cotizadas y no a tiempos públicos. Precisó, que lo anterior no iba en contravía de la condición más beneficiosa, porque dicho principio no está previsto en su aplicación para la forma en que se hicieron los aportes.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandante la recurrió, para lo cual, adujo que, contrario a lo señalado por el *a quo*, sí era posible la acumulación de los tiempos públicos con las cotizaciones en el sector privado que realizó el afiliado, pues esa era la tesis vigente de la jurisprudencia tanto laboral como constitucional, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez con el Acuerdo 049 de 1990; por ende, si ese era el criterio imperante en tal prestación, con mayor razón se debía aplicar a la pensión de sobrevivientes, dado que, se trata del esfuerzo laboral del causante para dejar en sus beneficiarios una protección, sin importar la naturaleza de los empleadores para los cuales se prestó el servicio. Agregó, que ello era lo que la Sala Laboral de la CSJ había indicado en

la sentencia SL1981 de 2020 y la Corte Constitucional, en la sentencia SU769 de 2014.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, para que, en su lugar, se acceda al reconocimiento pensional reclamado inicialmente.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes se pronunció.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, atendiendo a lo expresamente cuestionado por la demandante, la Sala deberá estudiar, si en virtud del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, la pensión de sobrevivientes que trae la primera norma en sus artículos 25 y 6°, permite la acumulación de cotizaciones por cuenta de empleadores privados y tiempos públicos no cotizados. Si dicho interrogante es positivo, se deberá analizar, si la demandante es beneficiaria de la prestación, y si ello, a su vez encuentra eco en el estudio, podrá pasarse a los demás ítems planteados en la demanda que acompañan la prestación pensional.

II. CONSIDERACIONES

En el caso que ocupa la atención, no existe discusión en la alzada que: *i)* el señor Adenis Cubillos Bustos falleció el 2 de noviembre de 1992; *ii)* que dicho afiliado estuvo vinculado con el Ministerio de Defensa Nacional entre el 14 de febrero de 1981 y el 18 de septiembre de 1982, para un total de 82 semanas que corresponden en el fondo a tiempos públicos no cotizados; *iii)* que la normativa aplicable para la pensión de sobrevivientes es los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que exigen 150 semanas en los 6 años anteriores a su deceso, o 300 de ellas en cualquier época y; *iv)* que con las semanas exclusivamente cotizadas al entonces ISS por cuenta de empleadores privados, el afiliado aportó en el primer escenario, tan solo 85.14 semanas y en el segundo, 221.86.

Como se indicó, el juzgador de primera instancia consideró que no era viable computar el tiempo público servido por el causante al Ministerio de Defensa Nacional a las semanas efectivamente cotizadas al entonces ISS, para acceder a la pensión de sobrevivientes que traía el antiguo reglamento de esa entidad, que es la regulación aplicable al asunto, dado que, para la fecha del deceso del afiliado era la vigente, por lo cual, ese parámetro configura una situación jurídica específica, que determina el reconocimiento pensional. Ello con respaldo en la sentencia CSJ SL412-2021, que en realidad corresponde a la Sala de Descongestión N° 2 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en efecto analizó un caso de similares contornos al presente, en donde se concluyó que, para efectos de definir el requisito mínimo de semanas previsto en los artículos del citado Acuerdo 049 de 1990, para la pensión de sobrevivientes, se puede acudir a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, concretamente, el literal f) del artículo 13, que es el que permite tener en cuenta esa mezcla de cotizaciones y servicios oficiales prestados, siempre y cuando el fallecimiento del causante se hubiere dado en vigencia del nuevo sistema de seguridad social, de lo contrario, se aplica en su integridad la regulación anterior, que no habilita el computo de ese historial laboral.

Precisó lo siguiente:

(...)

v) que el causante no tenía cotizadas 150 semanas en los seis años anteriores a su deceso, ni 300 de ellas en cualquier época, conforme lo exigían los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, tampoco hay controversia sobre la normativa aplicable pues, en perspectiva de la fecha del fallecimiento del señor Cardona (29 de octubre de 1990), los requisitos a acreditar para acceder a la pensión de sobrevivientes, son los de la normativa en cita, vigentes desde el 11 de abril de igual anualidad.

De otra parte, exalta la Sala, que ninguna de las aportaciones o labores del afiliado al sector oficial, fueron con posterioridad a la vigencia del sistema general de seguridad social, es decir, que no hay circunstancia alguna que pueda conllevar a resolver el conflicto de legalidad propuesto con fundamento en las regulaciones de la Ley 100 de 1993.

Lo último, se aclara, porque el fallecimiento del afiliado ocurrido antes del 1° de abril de 1994, lo cual, según el artículo 16 del CST, es una situación «[...] definida o consumada conforme a las leyes anteriores», que impide la aplicación retroactiva de la Ley 100 ibidem

Precisa la Corte lo anterior, como un aspecto de suma importancia en el caso, porque la posibilidad de adicionar el tiempo público servido al Estado con las cotizaciones realizadas al sistema de seguridad social, para determinar si el afiliado dejó causado el derecho pensional, con base en el Acuerdo 049 de 1990, como lo reclama la impugnación, ha sido recientemente permitida por la jurisprudencia, pero únicamente para los afiliados al sistema de seguridad social integral, a quienes, por ese motivo, les resulta aplicable el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, en la sentencia CSJ SL1981-2020, la Sala abandonó el criterio que expuso desde la sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada entre muchas otras, en las providencias CSJ SL4461-2014; CSJ SL1073-2017; CSJ SL517-2018 y, CSJ SL5614-2019, según el cual, «[...] con arreglo al régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, solo es posible computar semanas cotizadas exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales», tras reevaluar las premisas jurídicas sobre las que se fincaba.

Sin embargo, el nuevo acercamiento jurídico a la temática, vertido también en las sentencias CSJ SL2590- 2020; CSJ SL2659-2020; CSJ SL2557-2020; CSJ SL3110-2020; CSJ SL3838-2020; CSJ SL3657-2020; CSJ SL4480- 2020, plantea:

- i) Que la Ley 100 de 1993 tiene como eje central, unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único, inclusivo y universal denominado «sistema general de pensiones»;*
- ii) Que, por esa precisa razón, el nuevo sistema «concedió validez a todos los tiempos laborados», conforme lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el párrafo del artículo 33 de la misma.*
- iii) Que el régimen de transición del artículo 36 en reflexión, no se aísla de «[...] los principios rectores y preceptos del sistema general de pensiones», en tanto que, «es una regulación especial englobada en la misma [ley]».*
- iv) Que, en consecuencia, para sus beneficiarios «[...] la forma de computar o establecer el número de semanas se rige Radicación n.º 83277 SCLAJPT-10 V.00 13 por lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 y el párrafo 1º del artículo 33», porque no existe justificación alguna que permita inaplicar dichos preceptos, pues, [...] en estricto rigor, dichas personas están afiliadas del sistema general de pensiones, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 100 de 1993. Luego, les asiste el derecho a la portabilidad de las semanas efectivamente laboradas, independientemente de que su empleador público no las hubiera cotizado al ISS o a otra caja o entidad de previsión social.*
- v) Que, además, la nueva legislación previó sendos instrumentos de financiación como cálculos actuariales o las cuotas partes pensionales, que no permitirían la desfinanciación del sistema.*

Por tanto, la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS con los aportes sufragados a esa entidad, a efectos de acceder a las pensiones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, son desarrollo del literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en tanto que sigue siendo una realidad que los regímenes anteriores no permitían la homogenización o, en otras palabras, la convalidación de todos los tiempos laborados.

Por consiguiente, precisa la Corporación, que la adición de tiempos públicos servidos y semanas cotizadas para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, solo resulta posible, respecto de circunstancias fácticas suscitadas en vigencia del sistema general de seguridad social, con independencia de la legislación que les sea aplicable para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos, esto es, si por virtud del régimen de transición o de la condición más beneficiosa, debe acudir a una anterior a la Ley 100 ibidem.

Ahora, conviene indicar que la Sala permanente de la alta Corporación del trabajo, en la sentencia SL5147-2020, tomando como referente la tesis que permite adicionar tiempos de servicios públicos no cotizados al ISS con las semanas efectivamente sufragadas a esa entidad, cuando se acude en materia de pensiones de vejez a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL1981-2020, CSJ SL1947-2020, CSJ SL 74937, 26 ago. 2020 y CSJ SL 55270, 26 ago. 2020), fijó el criterio, a partir de allí, en el sentido que, en materia de pensiones de invalidez y sobrevivientes cuando en virtud del principio de la condición más beneficiosa se aplica el Acu. 049 de 1990, es posible computar tiempos públicos con los aportes al ISS.

Señaló allí:

Ahora, la Sala estima oportuno abordar el tema desde una nueva perspectiva y modificar tal línea jurisprudencial, a fin de permitir la acumulación de los tiempos públicos servidos sin cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales con los aportes sufragados a esa entidad, con la finalidad de acreditar las exigencias de aportes previstas en los artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, tanto para la pensión de sobrevivientes como la de invalidez, cuando se invoque su aplicación en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa.

En esa dirección, es oportuno rememorar la sentencia en la cual la Corporación justificó la aplicación de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a las pensiones de invalidez y de sobrevivientes que se concedieron con apoyo en la normativa anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, cuando se invoca la condición más beneficiosa.

En esa ocasión, la Corte adujo que en dichas circunstancias las prestaciones mencionadas debían considerarse integradas al esquema general de pensiones concebido por la Ley 100 de 1993 (CSJ SL, 31 mar. 2009, rad. 33761). Este análisis tiene sustento en el hecho de no ser las pensiones así causadas ajenas a la nueva legislación, en cuanto el riesgo se verificó en su vigencia y, por tanto, «deben ser consideradas como pertenecientes al régimen solidario de prima media con prestación definida» y «como de aquellas de que trata la Ley 100 de 1993».

Nótese, además, que, cuando se trata de condición más beneficiosa, la alusión a la normativa inmediatamente precedente es para efectos únicamente de conservar las expectativas legítimas y garantizar la cobertura de prerrogativas inherentes a los derechos fundamentales de la seguridad social a quienes tenían cumplido el número mínimo de semanas en esa disposición. Los demás requisitos y condiciones se regulan por las normas vigentes cuando se estructuran los riesgos protegidos, por ejemplo, las condiciones de convivencia, el monto de las prestaciones o las circunstancias para la estructuración de la invalidez.

En este punto es oportuno señalar que la parte pertinente de los preceptos acusados relativa a la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS con los aportes efectivamente sufragados a esa entidad, a efectos

de acceder a la prestación de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, son desarrollo del literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En esa medida, guarda coherencia con los aspectos mencionados, el entender que para efectos de definir el requisito mínimo de semanas previsto en los artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, en el caso de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, se puede acudir a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y concretamente al artículo 13 literal f).

En ese contexto, es claro que fue el propio legislador del año 1993 el que consagró como criterio rector en seguridad social, la posibilidad de acumular para el acceso a las distintas pensiones y prestaciones las variadas formas en que los afiliados concurren a la financiación del sistema. Así, se permitió la sumatoria de las cotizaciones a las distintas cajas o entidades administradoras del régimen con tiempos de servicios en el sector público, incluso anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y se previeron los instrumentos para facilitarla, tales como los bonos pensionales, cálculos actuariales o cuotas partes pensionales.

Ese criterio de regulación inclusivo obedece al reconocimiento de la circunstancia relativa a que, durante su trayectoria profesional, los afiliados tienen movilidad en los sectores público y privado en razón a las contingencias del mercado laboral. Por tanto, el Estado en esas condiciones debe garantizar el acceso a las diversas prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que se protege es el trabajo humano como soporte de los derechos fundamentales e irrenunciables de la seguridad social.

(...)

De modo que no existe obstáculo alguno para considerar que a fin de acreditar el número de semanas previsto en los artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990 para las pensiones de invalidez y sobrevivientes, en virtud del principio de condición más beneficiosa, se puedan adicionar los tiempos públicos sin cotizaciones al ISS y las semanas sufragadas a esa entidad.

Esta interpretación es la que más se ajusta al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del derecho a la seguridad social, en tanto garantía fundamental e irrenunciable de conformidad con los postulados de la Carta Política de 1991, a fin de no dejar en situación de desprotección a los afiliados o sus beneficiarios cuando se hayan prestado servicios en el sector público y privado.

En dichos términos, la Sala modifica el criterio sobre la posibilidad de computar tiempos de servicios públicos sin cotizaciones al ISS con los aportes a esa entidad en materia de pensiones de invalidez y sobrevivientes, cuando se aplica el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de condición más beneficiosa.

(Subrayado de la Sala)

Tal como lo precisó la sala de descongestión de la Corte, el criterio jurisprudencial vigente que permite la acumulación de tiempos públicos y cotizaciones al ISS, para efectos de la pensión de sobrevivientes del Acuerdo 049 de 1990, está sustentado en la posibilidad que otorgó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando, el hecho que da origen al riesgo se configure en vigencia de esta última normatividad, porque, ese es el parámetro que

determina la regulación aplicable de la prestación; de manera que, si el riesgo se dio en vigencia del nuevo sistema, el juzgador debe acudir a los requisitos y demás condiciones que esta regulación trae, incluso, la forma como se computa la historia laboral, y solo excepcionalmente, por cuenta del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se extrae lo relacionado con las semanas mínimas, pero todo lo demás se mantiene con la regulación inicial; inclusive, ello mismo aplica con la pensión de vejez, porque la posibilidad de acudir a los requisitos en cuanto semanas y edad del régimen anterior, es válido por la habilitación de un régimen de transición que prevé expresamente la nueva normatividad, pero, todo lo demás, lo regula el último compendio jurídico; de ahí, que la sentencia SL1981-2020, que permitió esa acumulación solicitada por la actora, tenga acogida en materia de pensión de sobrevivientes con Acuerdo 049, pero, cuando la remisión la permite la condición más beneficiosa, por haberse configurado el riesgo en vigencia del nuevo sistema de seguridad social, y no antes.

Concretamente, teniendo en cuenta la fecha del suceso y la normatividad aplicable con anterioridad a la Ley 100 de 1993, la Sala Laboral de la CSJ, en sentencia SL5291-2021, sostuvo:

Ahora bien, no hacen parte del debate los siguientes hechos: i) que el señor Héctor Fernando Rubiano Meza falleció el 8 de mayo de 1987, ii) que laboró del 10 de mayo de 1976 al 30 de abril de 1978 con el Ejército Nacional y acredita con dicha entidad un total de 101.41 semanas, iii) que cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 240 semanas, iv) la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la señora María Idalid Rodríguez Lara y, v) la normativa aplicable y que regula el caso que objeto de estudio es el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966 con la modificación realizada por el Acuerdo 019 de 1984 aprobado el Decreto 232 de 1984.

En el contexto que antecede le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿Pueden sumarse los tiempos de servicios del sector público no cotizados al Instituto de Seguros Sociales con los cotizados a dicha entidad para otorgar una pensión de sobrevivientes con base en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966?

Pues bien, parte la Sala como acertadamente lo advirtió el Tribunal, que la norma llamada a resolver la controversia en torno a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del afiliado, en este caso, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad.

El criterio reiterado de la Sala frente a la posibilidad de computar el tiempo público servido al Estado, sin aportes, con las cotizaciones pagadas al Instituto de Seguros Sociales con el fin de completar las semanas requeridas para la causación de las pensiones es viable cuando se trate de afiliados que se encuentren cobijados por el régimen de transición (CSJ SL3801-2021) o, en

materia de pensión de sobrevivientes, cuando se trate de la aplicación de la condición más beneficiosa (CSJ SL5147-2020).

Hace énfasis la Corporación en que la nueva línea jurisprudencial se evidencia entre otras decisiones judiciales en: CSJ SL2590-2020; CSJ SL2659-2020; CSJ SL2557-2020; CSJ SL3110-2020; CSJ SL3838-2020; CSJ SL3657-2020; CSJ SL4480-2020, precedentes en los cuales si bien se da aplicación a principios como la universalidad y se pretende dar validez y homogeneizar todos los tiempos laborales de conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el parágrafo de su artículo 33, se reitera esto solo resulta aplicable para las pensiones que son reconocidas en virtud de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y si bien los precedentes ya citados son aplicados en la contabilización de semanas previstas en el Acuerdo 049 de 1990, dicha prerrogativa se da en virtud del mismo Sistema de Seguridad Social en cuanto permite la aplicación de la ley derogada gracias al régimen de transición o la aplicación del principio de condición más beneficiosa, excepciones que dan lugar a la aplicación del nuevo criterio de la Corte en materia de sumatoria de aportes.

(...)

Siguiendo lo expuesto, en el caso objeto de resolución por la Sala como quiera que la contingencia de la muerte ocurrió en el año de 1987, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes que se pretende le es aplicable el Acuerdo 244 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, sin que dicha normativa se derive de régimen de transición alguno o la aplicación del principio de condición más beneficiosa, resulta evidente que no es posible sumar los aportes cotizados al Ejército Nacional, razón por la cual los cargos no prosperan.

En ese sentido, como lo indicó el *a quo*, como el señor Adenis Cubillos Bustos falleció el 2 de noviembre de 1992, la norma aplicable de forma directa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, que exige 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al deceso, o 300 en cualquier época, las cuales deben completarse con las cotizaciones efectivamente realizadas al entonces ISS hoy Colpensiones, sin que ese reglamento u otra normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, hubiera permitido la acumulación con tiempos públicos; lo que significa, que por ser esa disposición normativa la que regula la prestación pensional, el afiliado no dejó causada la prestación pensional, ya que con las cotizaciones exclusivas a la entidad reflejadas en su historia laboral, no logró el mínimo exigido.

Esa imposibilidad de acumulación de tiempo públicos y cotizaciones efectivamente realizadas al ISS hoy Colpensiones, no va en contravía del principio de la condición más beneficiosa, porque, como se indicó previamente, tal garantía solo está prevista para la verificación de las semanas cotizadas del régimen inmediatamente anterior, siempre y cuando, el riesgo de hubiere generado en vigencia de la Ley 100 de 1993, que permite verificar si la

prestación de sobrevivientes e invalidez, adopta esos exclusivos requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pero la forma como se computa el credencial laboral, lo consagra expresamente la citada Ley 100.

Aquí sirve, igualmente, los argumentos que trajo la Sala de descongestión N° 2 de la CSJ en la sentencia SL412-2021, sobre la imposibilidad de acoger el criterio constitucional en la sentencia referenciada por la demandante, como tampoco el principio de favorabilidad, al haber indicado que:

La consideración esbozada no desconoce el criterio jurisprudencial decantado en las sentencias CC SU-769-2014 o en la CC SU-057-2018, sobre la que discurrió la impugnación, según el cual, la sumatoria pretendida es viable para acceder a la pensión de vejez del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, porque tal línea de pensamiento, por lo explicado, no es la que resulta aplicable, en tanto que: i) las subreglas jurisprudenciales expuestas en las providencias de unificación, fueron dadas en relación con la lectura del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y no de los artículos 6° y 25 ibidem, que aquí se analizan y, ii) el criterio jurídico en comento abarca a los beneficiarios del régimen de transición, esto es, a quienes les amparan la Ley 100 de 1993, a pesar de la remisión a una norma anterior.

En efecto, al decantar las subreglas de derecho en la materia, la Corte Constitucional en la primera decisión citada, con referencia en las sentencias CC T-090-2009; CC T-398-2009; CC T-583-2010; CC T-760-2010; CC T-334-2011; CC T-559-2011; CC T-100-2012; CC T-360-2012; CC T-063-2013 y CC T-596-2013, únicamente aludió a casos de beneficiarios del régimen de transición, a quienes se les había negado el derecho a acceder a la pensión de vejez, porque el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no permitía la acumulación autorizada por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, cumple acotar en punto de la aplicación del principio de favorabilidad, sobre el que alertan las providencias enlistadas, que el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, admite una única interpretación, pues imperativamente expresa, que las semanas válidas para acceder a la pensión de sobrevivientes, en relación con el artículo 25 ibidem, son las cotizadas «[...] para el seguro de Invalidez, vejez y muerte», que para la época se encontraba a cargo del Instituto de Seguros Sociales y no del sistema general de pensiones propiamente, por lo cual no resulta posible acoger una intelección diferente, a la que no se desprende la norma.

Finalmente, añade la Corporación, que la lectura que propone la recurrente sobre la posibilidad de acumular tiempo público y privado, porque la Ley 100 de 1993, contempló formas de financiación o, porque el derecho a la seguridad social es irrenunciable, deja de lado los principios de aplicación general e inmediata y de irretroactividad de la ley, que impiden que a su situación, consumada en 1990, se le aplique la normativa posterior.

Así como también pasa por alto, que la categoría de irrenunciable de un derecho, está mediada por su causación y no conlleva su reconocimiento inexorable, pues, se insiste, la suerte de la prerrogativa pensional que reclama, se consolidó antes de la vigencia del sistema general de seguridad social integral, en relación con una persona que nunca estuvo afiliado a él y que, en consecuencia, no podría verse beneficiado por sus postulados.

Por lo explicado, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado adverso, se impondrán costas en la alzada a la recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. Costas de esta instancia a cargo de la recurrente. Fijense como agencias en derecho medio (1/2) smmlv.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



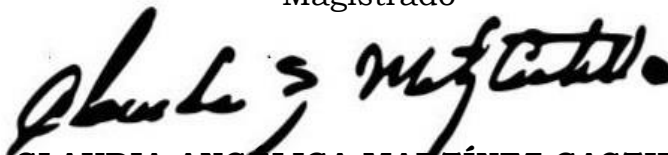
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada