



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

#### **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 1100131050 04 2019 000094 01

**DEMANDANTE:** GRISALDO ANTONIO OROZCO ACEVEDO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala en esta audiencia la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de septiembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle el incremento del 14% por su cónyuge a cargo desde que le fue reconocida la pensión, junto con la indexación correspondiente, los intereses moratorios, las demás condenas a imponer y las costas del proceso..

Como fundamento de sus pretensiones manifestó en síntesis que, le fue reconocida pensión conforme el art. 12 del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, mediante resolución 249070 de 2013. El 14 de noviembre de 1973, contrajo matrimonio con DURLEY DE JESÚS BURGOS DE OROZCO, con quien ha convivido desde esa época de manera ininterrumpida. Su cónyuge depende económicamente de él pues no trabaja, ni percibe pensión alguna. Finalmente, señala que reclamó administrativamente el 11 de diciembre de 2017 (Folios 3 a 10).

Corrido el traslado la demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda argumentando que los incrementos reclamados fueron derogados por la ley 100 de 1993 (folios 30 a 46).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que manifestó que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes como quiera que fueron derogados por la ley 100 de 1993, salvo para quienes adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión

## **III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

## **IV. CONSIDERACIONES**

Se encuentra demostrado que mediante resolución GNR 249070 del 7 de octubre de 2013, la entidad demandada reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de octubre de 2013, por ser este beneficiario del régimen de transición (Folios 19 a 22).

Sobre la vigencia de los incrementos, se advierte el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde en múltiples pronunciamientos ha concluido que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 22018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, siendo este el criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, aportó el demandante como prueba copia de registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado el 14 de noviembre de 1973 entre el demandante y al señora DURLEY DE JESÚS BURGOS DE OROZCO, este que no presenta anotación alguna de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (Fl 17).

Igualmente, solicito decretar y practicar el testimonio de NICOLÁS ANDRÉS ROMERO, ISAAC PIUÑEROS HERNANDEZ y MARÍA MAGDALENA ARIZA ARDILA. De la práctica de los dos primeros desistió la parte accionante por no haberse hecho presentes. La testigo aseguró conocer al demandante desde hace 11 años por ser vecinos ya que residen en el mismo conjunto. Aseguro que la esposa del accionante es ama de casa, no tiene propiedades, ni recibe auxilio económico por parte del

Estado y su sostenimiento está a cargo del esposo, pues aunque la pareja tiene una hija pero esta no vive con ellos.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, considera que se encuentra acreditado que DURLEY DE JESÚS BURGOS DE OROZCO en calidad de conyugue depende económicamente del actor, evidenciándose que la parte demandante cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones por lo que en principio sería procedente acceder a su pretensiones. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada (Fl 39), se acoge el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la que desde la sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, debiendo entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se tiene que la pensión de vejez fue reconocida al actor mediante resolución GNR 249070 del 7 de octubre de 2013 (Fls 19 a 22) y la reclamación administrativa se presentó el 11 de diciembre de 2017 (Fl 23 artículo 151 del CPT y SS, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirmará la decisión analizada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

**V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo consultado.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: GRISALDO ANTONIO OROZCO ACEVEDO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2019 00094 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 021 2018 00184 01

**DEMANDANTE:** GRACIELA LADINO DE INFANTE

**DEMANDADO:** PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, el 27 de agosto de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El proceso fue iniciado por Graciela Ladino De Infante y José De Jesús Infante Quevedo, para que previo el trámite del proceso ordinario se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su hijo, a partir del 26 de junio de 2017.

Como fundamento de sus pretensiones manifestaron, en síntesis, que el 26 de junio de 2017 falleció su hijo Héctor Yesid Infante Ladino de quien dependían económicamente. Refiere, que son campesinos de la tercera edad, que el causante les ayudaba con mercado y dinero, por tal razón, a partir del deceso quedaron desprotegidos económicamente. Relató que el padre laboraba ocasionalmente para poder sobrevivir dignamente; que solicitaron el reconocimiento pensional ante la demandada, el cual les fue negado el 18 de febrero de 2018, bajo el argumento que no se acreditó la dependencia económica.

Corrido el traslado, la demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, al sostener que la parte actora no demostró la dependencia económica alegada, dado que cuentan con ingresos propios, pues el padre demandante, es quien solventa los gastos de su pareja también accionante. Sin embargo, advierte que en la respuesta dada a los demandantes, si se indicó que podían acceder a la devolución de saldos, por lo que debían solicitarla. (fls. 29 a 36).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante fallo de 27 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y declaró probada las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido.

Como fundamento de su decisión, manifestó que la colaboración que otorgaba el causante a sus padres correspondía a lo que generalmente pueden hacer los hijos respecto de sus padres, es decir, suministrar ciertos alivios económicos o apoyo en algunas erogaciones, sin que éstas, se traduzcan en dependencia económica. Por tanto, estimó que la contribución del causante no podía tomarse como determinante del derecho de los demandantes.

Además, señaló que al verificarse con la certificación laboral expedida por la empresa "AURORA" se acreditaba que el promotor devengaba una asignación básica de \$828.200 mensuales y, que conforme los interrogatorios, los gastos mensuales ascendían a aproximadamente a \$300.000, pues no pagaban arriendo por vivir en un inmueble heredado por la madre. Por tanto, ante la falta de prueba de la dependencia económica, debía absolver a la accionada.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al aducir que de conformidad con la jurisprudencia, la dependencia económica no necesariamente se traducía a "*estar muriéndose de hambre o vestirse con harapos*". Que el padre con más de 70 años se ha visto en la necesidad de laborar; señala que los accionantes son campesinos, no son letrados, por lo que en el interrogatorio con relación a los gastos dijeron \$200.000, pero que es de conocimiento que ese monto no cubre los gastos básicos para que una persona

viva en condiciones dignas. Refiere, que el causante siempre aportó económicamente al hogar y que desde su fallecimiento se han visto con dificultad.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes

#### IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación corresponde a la Sala determinar si los promotores del juicio tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de padres del causante Héctor Yesid Infante Ladino.

Para resolver tal cuestionamiento, desde ya se indica que está demostrado y no es materia de controversia en esta instancia, que el causante Héctor Yesid Infante Ladino, era hijo de los demandantes (fl. 88) y falleció el día 26 de junio de 2017 (fl. 87), por tal motivo, sus padres solicitaron ante la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual les fue negada (fls 9, 65 y 66).

Pues bien, la ley aplicable para efectos del reconocimiento de pensión de sobrevivientes es la vigente en la fecha del fallecimiento del causante. En ese contexto, tenemos que conforme al registro civil de defunción de Héctor Yesid Infante Ladino visto a folio 79 y 87, la muerte ocurrió el día **26 de junio de 2017**, por lo que la norma aplicable al caso que nos ocupa es la Ley 100 de 1993, con lo modificación introducida por Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 73, dispone para el régimen de ahorro individual que:

**ARTÍCULO 73. REQUISITOS Y MONTO.** *Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.*

Es decir, que tendrá derecho a la referida prestación económica, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Entendiéndose como beneficiarios conforme el artículo el artículo 13, literal D, de la Ley 797 de

2003, a falta de cónyuge o compañera permanente, e hijos con derecho, serán beneficiarios **“los padres del causante si dependían económicamente”** del afiliado.

Aquí conviene precisar que el texto de la norma en cita, que refería a la dependencia económica **“de forma total y absoluta”** fue **declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006**, al argumentarse que corresponde a **“los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.”**

Sobre el punto, también la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que esta dependencia no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos en relación con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, éstos no los convierta en autosuficientes desde el punto de vista económico, que es lo que debe analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica (sentencias CSJ SL6390-2016, SL11155-2017 y SL1804-2018).

### **CASO CONCRETO**

Al amparo de las anteriores reflexiones, procede la Sala a establecer si los demandantes dependían económicamente de su hijo fallecido.

Para ello, se escuchó el interrogatorio de parte de José De Jesús Infante Quevedo, del cual se resalta:

**Pregunta:** “¿en el año que él falleció para el 2017, cuántas veces le llevó mercado?”

**Respuesta:** “que me acuerde como unas 3 veces”,

(...)

**Pregunta:** “Usted con lo que recibe de flores Aurora pagaba el mercado, servicios públicos?”

**Respuesta:** “sí los servicios y lo que faltara para el hogar”

**Pregunta:** “Mercado también?”

**Respuesta:** “sí claro...”

(...)

**Pregunta:** *Usted con lo que recibía de flores aurora, usted paga arriendo?*

**Respuesta:** *"No señora, vivimos en un lote que nos dejó mi suegro, que ahí levantamos, es un lote pequeño."*

**Pregunta:** *"Cuánto son sus gastos mensuales, cuánto gastan mensualmente para mantener la casa?"*

**Respuesta:** *"aproximadamente para los dos unos 300 mil pesos"*

Igualmente, del interrogatorio de la demandante Graciela Ladino De Infante, se advierte:

**Pregunta:** *"Él vivía en Bogotá?"*

**Respuesta:** *"Sí, con una hermana en las rojas y no le alcanzaba"*

(...)

**Pregunta:** *"Informe si en la casa que dice que vivían en Chocontá para la fecha de la muerte de su hijo Héctor Yesid, esa casa es propia o arrendada?"*

**Respuesta:** *"Es una herencia que nos tocó, lo que mi papá nos dejó, entonces nos dejó el campito donde hacer la casa, que eso no es sino un campito..."*

(...)

**Pregunta:** *"Pero más o menos qué gastos fijos tenían?"*

**Respuesta:** *"Mensual por ahí unos \$200.000."*

Por su parte, de la prueba testimonial se verifica que Luz Marina Triana manifestó ser vecina de los demandantes, conocerlos desde hace 40 años, al causante desde niño porque él estudió con sus hijos. Relata que cuando murió, los demandantes dependían de él económicamente, lo cual le consta porque él causante se lo decía, referente a que les daba para el mercado pero no le consta cuánto (\$). El otro testigo, Luis Enrique Tunarozza, cuenta que vivía en la misma casa que el difunto Héctor Yesid, desde hace 6 años, que tiene entendido que le llevaba *"platica y mercado"* a los padres, pero que no sabe cuánto.

De otro lado, a folios 60 a 62, obra el *"Formulario de solicitud por sobrevivencia para padres"*, documental en la que se observa, que cuando los hoy demandantes acudieron al fondo de pensiones enjuiciado suministraron información que no coincide con la que en sede judicial se expuso, como se pasa a indicar:

- En el recuadro de ingresos del núcleo familiar, se marcó que los mismos eran generados por la madre y por el padre, sin que, en aquella

oportunidad, se señalara la opción *"Aportados por el afiliado"*, no obstante, en la demanda y en los interrogatorios, se aduce que el causante aportaba en el hogar con mercado o dinero.

- En el aludido formulario, ante el cuestionamiento si *"al momento del fallecimiento el afiliado convivía con sus padres"*, marcaron la casilla SI, mientras que en el interrogatorio de parte el actor ante la pregunta *"¿su hijo dónde vivía?"* respondió *"En Bosa con Luis..."*, afirmación que fue respaldada por el señor Luis Tunarozza en su declaración, cuando manifestó que el causante vivía en su casa desde hace 6 años, es decir, que al efectuarse el conteo hacía atrás, sería desde el año 2011.

A folio 64, milita certificación laboral expedida por Carmen Elena Manzano en calidad de Directora de Gestión Humana, de "FLORES AURORA" certifica que el actor José de Jesús Infante *"labora para esta empresa como OPERARIO AGRÍCOLA con un contrato a término fijo desde el 8 de abril de 2015 terminando el 7 de abril de 2018 con una asignación mensual de setecientos treinta y ocho mil quinientos (\$738.500)"*.

Igualmente, a folio 85, obra certificación laboral en similares términos, salvo que, se indica que el contrato de trabajo del actor se encuentra activo desde el 8 de abril de 2015 hasta la fecha, y que devenga la suma de \$828.200, documento que fue expedido el 22 de agosto de 2019.

Ahora bien, conforme a la anterior relación de pruebas, la Sala concluye si bien es cierto del dicho de los testigos Luz Marina Triana y Luis Enrique Tunarozza, señalan que el causante colaboraba a sus padres con la compra de mercado y lo apoyaba económicamente, de ellos, no es posible verificarse cuál era el monto de esta colaboración y mucho menos, que sin ella, los demandantes no pudieran vivir en condiciones dignas. Por el contrario, quedó establecido que vivían en casa propia, por ser una herencia que recibió la madre del causante, además que el actor padre percibe ingresos por concepto de salario en su condición de Operario Agrícola de la empresa donde se encuentra vinculado desde el año 2015, el cual les permite sufragar sus de subsistencia o sostenimiento, dado que los gastos mensuales en que incurren son inferiores al salario devengado mensualmente con el empleador para el que

labora. Ingresos que sea oportuno referir, se perciben desde mucho antes del deceso del señor Héctor Infante.

Por tal motivo, sí es dable inferir que lo aportado por el afiliado, solo era aporte adicional que no tenía la entidad suficiente para considerarse indispensable en el sostenimiento básico de los actores.

No puede pasar desapercibido, las inconsistencias o contradicciones que dimanen del formulario de solicitud de la prestación con respecto a otros medios de prueba, que a juicio de la Sala dejan en entredicho la veracidad de lo expuesto durante el trámite judicial, pues se hacen afirmaciones que no resultan armónicas o coherentes con la referida solicitud, pues, allá se indicó que los ingresos del hogar provenían de los demandantes, pero aquí se dice que también del aporte del causante.

Se precisa que de conformidad con la sentencia **C-111 de 2006**, mediante la cual se expulsó del ordenamiento jurídico el concepto de dependencia "*total y absoluta*", es claro que la norma no exige que los padres del causante carezcan de recursos, sino que debe demostrarse que, aunque tuvieren otros ingresos, no podrían vivir dignamente sin el que les suministraba el causante, lo cual aquí no sucedió como quedó explicado.

En este orden de ideas, estima la Sala que la parte actora faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, al no demostrar los supuestos en los que fundó sus pretensiones, pues no se acreditó que para la fecha del deceso dependieran del causante, por lo que resulta forzoso confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 27 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

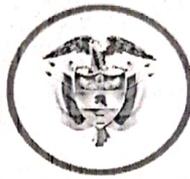
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLOVARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

122

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 005 2018 00386 01

**DEMANDANTE:** JOSÉ WILSON PIERNGORDA TEQUIA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, el 21 de agosto de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral, para que se declare y ordene el reconocimiento y pago de las mesadas retroactivas de la pensión de invalidez a partir del 18 de marzo de 2009 y hasta el mes de abril de 2012, momento en que percibió su primera mesada. Más los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó, en síntesis, que sufrió un accidente laboral, el cual le generó una pérdida de capacidad laboral del 54.45%, con fecha de estructuración del 18 de marzo de 2009, de conformidad con el dictamen de la Junta Nacional. Refiere que Colpensiones a través de Resolución GNR 094978 del 15 de mayo de 2013, le reconoció pensión de invalidez, con ingreso a nómina a partir de "mayo de 2015", sin reconocer el retroactivo desde estructuración de la invalidez que lo fue 18 de marzo de 2009. Que contra dicha decisión interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones GNR 312234 del 21 de noviembre de 2013 y VPN 12869 del 5 de agosto de 2014.

Corrido el traslado la demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de carencia de causa para demandar; cobro de lo no debido; buena fe; prescripción; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indexación y las que de forma oficiosa se puedan declarar (fls. 85 a 88).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 21 de agosto de 2019, el juez de conocimiento declaró probada la excepción de prescripción, en consecuencia, absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión, adujo que de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, transcurrieron más de 3 años entre el momento en que se le reconoció la pensión de invalidez, el agotamiento de la reclamación y la presentación de la demanda. Igualmente, recordó que en atención al artículo 48 de la Constitución Nacional no prescribe el derecho a la prestación económica, pero si las mesadas que no se reclaman en tiempo. Argumentó que, de acceder a la tesis del demandante, según el cual, el fenómeno prescriptivo no se materializa al no haberse declarado el derecho al retroactivo pensional, es tanto, admitir que todos los derechos sometidos a la administración de justicia fueran imprescriptibles.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al señalar que no es posible prescribir un derecho que no ha sido reconocido, pues *“sino me reconocen unas mesadas, yo como las voy a reclamar”*. Aduce que la Resolución de agosto de 2014, a través del cual se agota la reclamación administrativa, tiene todavía situaciones por definir, como lo es, el pago total o parcial de las incapacidades que emitió la EPS, al punto que se le pide nuevamente al actor que aporte una nueva certificación actualizada de incapacidades. Por tal motivo, pide la revocatoria de la sentencia y se acceda a las pretensiones de demanda.

Para resolver previa deliberación los Magistrados exponen las siguientes

**IV. CONSIDERACIONES**

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala determinar si el fenómeno de la prescripción no opera cuando el derecho pretendido no ha sido declarado o reconocido por el Juez.

Para dilucidar tal controversia, necesario es señalar que está demostrado que al actor le fue reconocido una pensión de invalidez mediante Resolución GNR 094978 del 15 de mayo de 2013, a partir del 1° de mayo de 2013, en un salario mínimo legal mensual vigente, por tener una pérdida de capacidad laboral del 50.16%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 18 de marzo de 2009, según dictamen emitido por la Junta Nacional de Invalidez el 29 de julio de 2010 (fl. 27 a 43).

Paralelamente, se corrobora que contra el citado Acto Administrativo interpuso los recursos de reposición y apelación, en los que imploró el retroactivo pensional desde el 18 de marzo de 2009, más los intereses de mora y la indexación. Que los medios de impugnación fueron resueltos negativamente con Resoluciones GNR 312234 del 21 de noviembre de 2013 y VPB 12869 del 5 de agosto de 2014, notificado este último, el 6° de octubre de 2014 (fls. 36 a 43).

Claro lo anterior, frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Igualmente, conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que las sentencias laborales son de carácter declarativo y no constitutivo como parece entenderlo el apelante, en la medida en que se limitan a declarar la existencia, de hechos y actos anteriores a su proferimiento que dieron nacimiento a consecuencias jurídicas desde su ocurrencia y que en todo caso preexisten a la decisión judicial, en esa línea de pensamiento encontramos las sentencias SL13155-2016; SL13256-2015; SL3169-2014 y rad. 41.522 del 14 de agosto de 2012. Por tal razón, la Corte ha sido enfática al definir que al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Aquí es bueno acotar que la pensión en si misma, constituye un derecho irrenunciable e imprescriptible, conforme lo dispone el artículo 48 de la Constitución Nacional, no obstante, las mesadas que no se reclaman oportunamente si serán cobijadas con la figura de la prescripción, dado que la pensión es una obligación de tracto sucesivo compuesta por una pluralidad de mesadas, que al adquirir la connotación de exigibles, prescriben al vencimiento del término trienal cuando dentro de éste no se ha perseguido su pago.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se verifica que la causación del derecho se dio el 18 de marzo de 2009, ya que ese día fue el que determinó la Junta Nacional de Calificación, como fecha de estructuración de la invalidez mayor a un 50%, data para la cual, acreditaba las 50 semanas dentro los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, exigidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, conforme al material probatorio se verifica que la exigibilidad del derecho se dio el 29 de julio de 2010, fecha del dictamen médico proferido por el órgano competente, por tanto, a partir de ese día podía ser reclamado las mesadas pensionales que hoy se discuten, a efectos de calcular el fenómeno prescriptivo.

El anterior entendimiento, se acompasa con lo adocinado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1562-2019, que frente a la data de exigibilidad de la obligación de la pensión de invalidez, puntualizó:

*En relación con la indebida interpretación que alega el recurrente respecto de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento laboral, considera esta Sala que el Tribunal no desconoció el genuino sentido de estas disposiciones en lo que atañe a la data de exigibilidad de la obligación pensional, desde la cual debe contabilizarse el término de prescripción. Así pues, en sentencia CSJ SL 5703- 2015 (que reiteró las decisiones CSJ SL, del 17 de oct. de 2008, rad. 28821 y CSJ SL, del 6 de jul. de 2011, rad. 39867, CSJ SL, del 3 de ag. de 2010, rad. 36131), se precisó que aunque el hecho dañoso que ocasionaba la pérdida de capacidad del afiliado se hubiese fijado de forma retroactiva y no concurrente con el momento de la emisión del dictamen de calificación, ello no significaba que la exigibilidad de la prestación pensional naciese desde la estructuración del estado de invalidez, pues en últimas, es a partir de la firmeza del diagnóstico por parte de la correspondiente autoridad médica que el padecimiento alegado adquiría la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible, y, por ende, producía efectos jurídicos en lo que se refería a las prestaciones sociales que de su ocurrencia emanaban.*

*Vistas así las cosas, en esta oportunidad debe reiterarse que es a partir del momento que la autoridad competente emite la calificación correspondiente y aquella alcanza firmeza, que existe posibilidad no solo de reclamar el derecho pensional, en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino de contabilizar el término trienal encaminado a la consolidación del efecto extintivo de prescripción, pues no es lógico, pese a lo indicado por el recurrente, que si el derecho pensional no ha nacido a la vida jurídica, se alegue su declive por prescripción.*

Bajo ese panorama, comoquiera que el actor presentó reclamación administrativa el 3 de mayo de 2013 (fl 33), con lo cual interrumpió el término de prescripción por una sola vez, y el nuevo conteo del término extintivo se mantuvo suspendido hasta el el 6° de octubre de 2014, fecha en la que se notificó la Resolución VPB 12869 que resolvió el recurso de apelación que se

formuló en sede administrativa, se tiene que operó la prescripción, dado que la demanda se radicó el 5° de julio de 2018 (fl 79), después de que trascurrieran 3 años. Por consiguiente, si es procedente declarar probada la excepción propuesta por Colpensiones.

De conformidad con las anteriores consideraciones, el Tribunal confirma la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 21 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 009 2018 00506 01

**DEMANDANTE:** YAMILE MORALES TOLEDO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, el 5 de septiembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez reconocida en aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, a partir de mayo de 2018 y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de noviembre de 1957, por lo cual, al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad. Además, que a lo largo de su vida laboral con empleadores del sector público y privado logró acumular 1.551 semanas cotizadas. Aduce que mediante Resolución GNR 087530 del 3° de mayo de 2013, la demandada le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2012, en cuantía inicial de \$1.364.636, pero no le notificó el acto administrativo del cual solo vino a enterarse hasta el 14 de octubre de 2014, mientras

interactuaba en internet, donde supo que le había sido girada la suma de \$29.481.842.

Señala que desde el 22 de marzo de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2017, realizó aportes en pensiones con su empleador - Superintendencia De Subsidio Familiar, por tal motivo, al ser empleada pública nunca recibió pago por concepto de mesadas pensionales. Que el 21 de octubre de 2014, elevó derecho de petición con el fin que le certificaran a quién y a qué número de cuenta habían sido girados los dineros, sin embargo, al no obtener respuesta, retiró la petición y solicitó la reliquidación de la pensión reconocida.

Aduce que instauró acción de tutela y en cumplimiento de la misma Colpensiones decidió dejar sin efectos la pensión otorgada mediante Resolución GNR 087530 del 3 de mayo de 2013, tras reconocer irregularidades en su notificación y conceder nuevamente la prestación en cuantía de \$1.956.738 condicionada al retiro del servicio público. Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, quien en respuesta la entidad modificó el monto de la pensión a \$2.286.324. Refiere que dejó de prestar servicios el 30 de noviembre de 2017, además que posteriormente nuevamente solicitó la reliquidación de la prestación, elevándola en esta oportunidad la entidad a la suma de \$3.294.766, pero desconoció los parámetros del régimen de transición del cual es beneficiaria. (Folios 44 a 52).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En su defensa, argumentó que para los beneficiarios del régimen de transición únicamente se mantienen los requisitos de edad y tiempo de cotización, pero el IBL debe ser determinado conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 (f.º 69 a 73).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones (f.º 89).

En sustento de su decisión, indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a la demandante le hacían falta más de 10 años para acceder a la pensión, por lo que el IBL para determinar su mesada debe ser el más favorable entre el determinado con los salarios cotizados en toda la vida y los cotizados en los últimos 10 años. Que al realizar la validación determinó que a la accionante le correspondería una mesada incluso inferior a la que viene pagándole Colpensiones.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que su mesada pensional debe ser liquidada conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, esto es, con el promedio de los salarios cotizados en las últimas 100 semanas, pues de lo contrario se violaría el principio de inescindibilidad de la norma. Argumentó que la sentencia no dio aplicación a lo previsto en el Decreto 2527 de 2.000, que obliga a la conservación de los beneficios del régimen pensional que se considere aplicable, que no es otro que el régimen de prima media.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

### **IV. CONSIDERACIONES**

Conforme al recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión que actualmente disfruta, con base en los salarios cotizados en las últimas 100 semanas por habersele reconocido la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Para resolver tal controversia jurídica, se encuentra demostrado en el proceso que: **i)** la demandada mediante Resolución GNR 146809 del 19 de mayo de 2015, reconoció a la actora pensión de vejez, en cuantía para esa anualidad de \$1.956.738, a partir del retiro del servicio público (f.º 17 y 18); acto administrativo que fue modificado mediante resolución VPB 4718 del 29 de enero de 2016, con la cual se reconoció a la demandante una mesada para el año 2016 de \$2.286.324 (f.º 28 a 32); **ii)** luego, mediante resolución SUB 42477 del 19 de febrero de 2018, Colpensiones reliquidó la prestación, a través de la cual otorgó para el 2018 una mesada pensional de \$3.294.766 (f.º 35 a 42).

Frente al régimen de transición, a de indicarse que éste garantizó a sus beneficiarios la aplicación de las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia del régimen general de pensiones tan solo en tres aspectos puntuales: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación, entendido este último como el porcentaje o tasa de reemplazo, en tanto que, el modo de obtener el ingreso base de liquidación, se encuentra regulado explícitamente en la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, no resulta viable acudir a disposiciones anteriores para establecerlo. Así se ha pronunciado la Corte Suprema de justicia en múltiples sentencias, más recientemente en la **SL824-2020**.

En ese sentido, frente a la forma de determinar el IBL bajo los derroteros de la referida preceptiva, la Sala Laboral de la misma Corporación como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, también ha sostenido de manera reiterada que para los afiliados beneficiarios del régimen de transición, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez, se calcula conforme el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual señala que *«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base el Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE»* (sentencias CSJ SL, 1

mar. 2011, rad. 40552; SL, 22 ene. 2013, rad, 37246; SL 464-2013; SL 730-2013, SL3696-2018 y SL 3330 de 2019).

Paralelamente, para aquellas persona que al estar dentro del régimen de transición, que les faltará más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, la norma aplicable a efectos de determinar el IBL, será el dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, *el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo*”

En ese mismo horizonte, se ha referido la Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 a través de la cual unificó su jurisprudencia en cuanto a la determinación del IBL para los beneficiarios del régimen de transición, al indicar que a estos les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: edad para consolidar el derecho; el tiempo de servicios o semanas cotizadas; y el monto de la pensión, entendida esta como la tasa de remplazo.

En ese orden de ideas, la postura de las Altas Cortes en la actualidad es pacífica y coincidente, sin que pueda concluirse como se pretende en la apelación que la pensión deba ser liquidada con base en los salarios cotizados en las últimas 100 semanas. Por tal motivo, en criterio del Tribunal no hay lugar a reliquidar la pensión, tal como acertadamente lo concluyó la jueza de primera instancia.

De otra parte, en relación con la competencia para reconocer la pensión de quienes han realizado aportes a cajas, fondo o entidades de

previsión social, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 establece que el Instituto de Seguros Sociales será el administrador del régimen de prima media con prestación definida y que las cajas o fondos lo harán únicamente *"respecto de sus afiliados"*.

Ahora, el Decreto 2527 de 2000, en línea con la regla establecida en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, únicamente le asigna competencia a las cajas, fondos y entidades de previsión social respecto de sus afiliados, encargando al Instituto de Seguros Sociales de las solicitudes pensionales de aquellas personas del régimen de transición que, entre otros casos, no se encontraban afiliadas a las cajas, fondos o entidades de previsión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. Así las cosas, no es posible entender que el mismo dispone más allá de la ley 100 de 1993, una forma distinta de liquidar las pensiones de régimen de transición, cuyo alcance ha sido precisado de manera pacífica y sostenida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas no hay lugar a modificar la sentencia absolutoria de primera instancia.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5º de septiembre por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO

**RADICACIÓN:** 110013105 011 2015 00485 01

**DEMANDANTE:** LUISA VICTORIA GUTIÉRREZ LÓPEZ.

**DEMANDADO:** FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, el 22 de agosto de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante en su condición de compañera permanente, promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre Gustavo Mejía Rojas (q.e.p.d.) y la Fundación Universitaria San Martín, a partir del 1° de mayo de 1997 hasta el 20 de julio de 2014, fecha del deceso. A su vez, que la demandada omitió su obligación de afiliar al trabajador a un fondo de pensiones, EPS y ARL para el cubrimiento de los riesgos del sistema de general de seguridad social. En consecuencia, se condene al pago de las prestaciones sociales, prima de vacaciones y de navidad, los intereses de mora y la indemnización por el no pago de las cesantías, las vacaciones, la pensión de sobrevivientes desde el fallecimiento, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que su compañero permanente fue vinculado mediante un contrato de trabajo verbal desde el 1º de mayo de 1997 hasta su fallecimiento, cuya labor consistía en administrar el restaurante de la accionada, mediante la realización del inventario de alimentos, coordinador del personal del comedor, servicio personalizado a los directivos de la fundación demandada y organizar la preparación de los alimentos, dentro de un horario establecido y una remuneración mensual que para el momento del deceso ascendía a \$1.958.256. Señala que el trabajador nunca fue afiliado a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, así mismo que convivió con el causante a partir del 13 de septiembre de 1970 hasta su muerte, dentro del cual procrearon 3 hijos.

Sostiene que pese a haber solicitado a la accionada el pago de las acreencias laborales del actor y el reconocimiento del auxilio funerario, éstos no han sido reconocidos.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el fallecimiento del causante y que la demandante confirió poder para instaurar la presente demanda. Frente a los demás, adujo que no constarle o que no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación por activa y pasiva, inexistencia de las obligaciones cuyo cumplimiento de demanda y falta de causa, cobro de lo no debido, falta de objeto y causa para demandar, falta de fundamento legal para demandar, buena fe, prescripción y genérica. (f.º. 79 a 82)

## **II. ACTUACIONES PREVIAS**

El 5º de julio de 2017 (f.º. 184-189) y 21 de noviembre de 2017 (f.º. 194 y 196) se surtió la audiencia consagrada en el artículo 77 y parte del artículo 80 del Código Procesal del Trabajo, por lo que quedó solo pendiente de proferir el correspondiente fallo; no obstante, el juzgado en aras de evitar futuras nulidades, mediante auto de 16 de abril de 2018 (f

º. 198), dispuso la integración de la Litis con los herederos determinados y los indeterminados de Gustavo Mejía Rojas, por lo que ordenó la notificación de los herederos determinados Sandra Liliana, Gustavo Mauricio y Luisa Silvana, quienes ostentan la calidad de hijos del causante y, frente a los indeterminados, ordenó su emplazamiento.

Los herederos individualizados, manifestaron que para la época del deceso de su padre eran mayores de edad, no dependían económicamente de él y que no les asistía interés en hacerse parte en el proceso (f º. 199, 202 y 206). Mediante memoriales de folio 211 a 213, indicaron que coadyuvan la presente demanda instaurada por Luisa Victoria Gutiérrez López, quien es su madre.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas.

En sustento de su decisión, indicó que pese a que se acreditó la prestación personal del servicio y éste activó la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la parte demandada logró desvirtuarla conforme a las pruebas aportadas y la naturaleza del cargo de "matier". En su criterio, el causante desarrolló las funciones de manera autónoma, podía disponer de la compra de alimentos y en general, la organización de los eventos que le asignaran, sin que ello, comportara necesariamente una continuada subordinación, que lo único acreditado es que recibía instrucciones, situación que no conduce a la existencia de un contrato de trabajo.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al señalar que se deben estudiar todas las pruebas documentales y

declaraciones vertidas, con los que se acredita un contrato realidad, dado la presencia de los 3 elementos que componen una relación laboral subordinada.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

## V. CONSIDERACIONES

Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala dilucidar si hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre Gustavo Mejía Rojas y la Fundación Universitaria San Martín. En consecuencia, verificar si le asiste derecho a la demandante al pago de las acreencias laborales y sanciones pretendidas, más el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios.

En tal sentido y con el fin de determinar los presupuestos de la norma que configuran un contrato de trabajo, resulta importante remitirnos a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que para que se configure la existencia del contrato de trabajo, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio, a la demandada corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea

mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Frente al punto, en sentencia SL16528, reiterada en SL2608-2019, recordó que:

*«acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente»*

En ese horizonte, se advierte en el presente caso que el primero de los tópicos, esto es, la prestación personal del servicio de Gustavo Mejía Rojas en favor de la Fundación Universitaria San Martín, se verifica con el denominado “*contrato individual de trabajo para personal administrativo*”, del “*contrato de servicios profesionales*” (f.º. 103-104, 107); las certificaciones adosadas (f.º. 24, 25, 112, 113, 115, 117, 120, 122, 134, 136, 138, 142, 144, 148, 150, 152, 154, 156, 175); los comprobantes de pago (f.º. 18 a 23); la contestación al derecho de petición del 20 de noviembre de 2014 (fl. 27); el comunicado calendado el 18 de septiembre de 2001 (f.º. 111); el escrito enviado al Juzgado 56 Civil Municipal de Bogotá (fl. 123 y 125) y de la planilla o relación anual (f.º. 182-183). Prestación del servicio que se respalda adicionalmente con las declaraciones rendidas por Edinael Rodríguez León, Jesús Sandoval y Álvaro Acuña, así como de la contestación a los hechos de la demanda.

Conforme a ello, opera en favor del trabajador, la presunción de existencia del contrato de trabajo consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto, será carga de la prueba de la demandada demostrar que la relación laboral fue realmente de naturaleza civil o que en la ejecución de la labor el causante lo hizo con toda la autonomía propia de los contratistas independientes.

Presunción que conviene precisar, no se logra desvirtuar por la llamada a juicio, como quiera que la sola suscripción del contrato de servicios profesionales no es razón suficiente para derruirla, por el contrario, los medios de convicción dejan entrever que el demandante desarrollaba sus labores bajo la subordinación jurídica de la accionada, al

recibir órdenes y cumplir un horario, como se detalla a continuación.  
Veamos:

Relató la demandante, que Gustavo era el encargado del comedor principal de la demandada, solo trabajaba para el Dr. Alvear atendiendo a todas las personas que le indicaran y para la Universidad, cumplía un horario de 7:00 AM a 4:00 PM, de lunes a viernes, y eventualmente los sábados o cualquier otro día que le asignaran.

Manifestó el testigo Edinael Rodríguez León que trabajó con el causante en la universidad - en referencia a la demandada - desde septiembre de 1997 hasta el momento de su deceso, que Mejía Rojas era el jefe de la cocina y del comedor, además se encargaba de las compras de la cocina, atender al señor Mariano, a los invitados y el comedor todos los días, lo cual lo realizaba de lunes a viernes. Refiere que en el comedor estaba el montaje para lo que se necesitara y todo era de la universidad.

Por su parte, Jesús Sandoval relató que conoció a Gustavo Mejía desde 1998 cuando ingresó a laborar al departamento de información y tecnología, que el ex trabajador fue la persona que atendía siempre los eventos de la universidad. Cuenta el testigo que fue ascendido, por ello, pasó de dicho departamento a la presidencia, siendo asistente del dueño del claustro, lo que lo convirtió prácticamente en el jefe inmediato del señor Gustavo Mejía, porque las ordenes diarias que impartía el presidente, él la transmitía al trabajador, tanto así, que en una oportunidad le hizo un llamado de atención verbal al departamento que Gustavo manejaba.

Informa que cuando llegó a trabajar a la institución todos tenían contrato laboral, pero luego los vincularon por prestación de servicios; expone que las cafeterías pertenecían a la demandada, lo cual le consta porque fue testigo de cuando se crearon e inclusive, participó en la asignación de los nombres, además era la universidad quien daba las directrices para que funcionara.

Igualmente, Álvaro Ernesto Acuña sostuvo que, conoció a Mejía Rojas desde 2001 hasta cuando éste falleció porque había sido su jefe inmediato. Señala que la persona fallecida tenía encargado el comedor para la alimentación del dueño de la universidad y los ejecutivos, así como todo lo concerniente a los eventos de la institución, que hacía la parte del montaje, las compras, la logística, la organización hasta la culminación de los eventos, servicios que prestaba de lunes a viernes y, a veces, los sábados y domingos que salían eventos. Manifiesta, que las órdenes del sr. Mariano Alvear, dueño de la universidad, eran comunicadas por intermedio de Jesús (testigo arriba referenciado) al señor Gustavo, quien a su vez se la transmitía al resto de su equipo de trabajo de la cocina y que todas las operaciones se realizaban estaban siempre autorizadas por el sr. Alvear.

Conforme a lo expuesto, los testimonios son personas que tuvieron bajo la directa inspección de sus sentidos los hechos que narraron, dieron las explicaciones atinentes al lugar, tiempo y modo en que obtuvieron el conocimiento de lo manifestado, incluso relatan situaciones propias del entorno laboral del día a día.

Se resalta sobre todo, la declaración de Jesús Sandoval, quien refiere que se convirtió prácticamente en el jefe inmediato del causante, transmitiéndole las órdenes dadas por el dueño de la fundación demandada e inclusive, un llamado de atención por el proceder de alguien de su equipo de trabajo. Luego, a diferencia de lo estimado por el *A quo*, estas situaciones sin duda revelan que Gustavo Mejía no era autónomo en sus decisiones y actuaciones, como tampoco dueño de los elementos de trabajo, para el desempeño del cargo "maitre" o, como lo describieron los testigos, jefe de cocina y comedor, lo cual permite concluir a esta Corporación que el elemento de subordinación jurídica se reafirma con esos medios de prueba y no permiten tenerlo como desvirtuado.

Máxime, cuando se advierte que el inicio de su relación laboral se dio a través de un contrato de trabajo (f.º 103-104), en el que se indicó que sus funciones serían las de "MAITRE GENERAL o en cualquier otra

*labor de carácter análogo*”, que correspondían al Salón San Martín - denominación del cargo que conforme a la definición de la RAE corresponde a “jefe de comedor en un restaurante.”, y luego, a partir de la nueva contratación que lo fue mediante un contrato de servicios profesionales en septiembre de 1998 (f.º 107), a través del cual fue vinculado para el Salón San Martín, y cuyas obligaciones eran “*proporcionar a la Fundación sus servicios en aspectos relacionados con la labor para la cual fue contratado comprendido para tal efecto, en la Coordinación, dirección, atención de eventos y manejo de los alimentos y bebidas*”. Funciones que conforme la prueba documental y testimonial, siempre fueron las mismas desde 1997.

Finalmente, en cuanto al tercero de los elementos del contrato de trabajo, esto es la retribución de la prestación del servicio, también se pudo establecer con el contrato, las certificaciones y los comprobantes de pago o “*comprobante nómina*”, que el demandante recibía una suma de dinero como retribución por la labor prestada, la cual ascendía al finalizar el año 2000 a \$1.584.000; 2001 y 2002 a \$1.813.200; de 2003 a 2014 a \$1.958.256 mensuales, conforme la relación visible a folios 182-183 del expediente.

En ese horizonte, es claro que en el presente asunto las pruebas analizadas acreditan la concurrencia de los elementos constitutivos de una relación laboral regida por un contrato de trabajo. Por tal motivo, al amparo del principio de la realidad sobre las formas previstas en el artículo 53 de la Constitución Nacional, se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre Gustavo Mejía Rojas y la Fundación Universitaria San Martín.

#### **De los extremos laborales**

En cuanto a la fecha de inicio, se tiene que lo fue el 1º de mayo de 1997, pues, pese a que en la contestación al hecho primero (fl. 78) la accionada solo aceptó que Gustavo le prestó servicios desde 1997, de las pruebas ya relacionadas, como lo son el “*contrato individual de trabajo*

*para personal administrativo*” (fl.103-104) y las diferentes certificaciones (fls. 24, 25, 112, 113, 115, 117, 120, 122, 134, 136, 138, 142, 144, 148, 150, 152, 154, 156, 175), se colige que la prestación inició el 1º de mayo de 1997. En lo que respecta al extremo final, tenemos que lo fue el 20 de julio de 2014, fecha del deceso, conforme se indicó en la certificación vista a folio 175, situación que igualmente fue precisada por los testigos.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra entonces, que el contrato de trabajo acaecido entre las partes, se suscitó entre el 01 de mayo de 1997 hasta el 20 de julio de 2014.

### **De la excepción de prescripción**

De otro lado, en atención a que la Sala entrará a estudiar las demás pretensiones derivadas de la declaración del contrato realidad, se hace indispensable entrar a verificar la excepción de prescripción propuesta por la accionada.

Para ello, se indica que tratándose de la declaratoria de un contrato realidad la sentencia tiene efectos declarativos **y no constitutivos**, es decir, no busca crear el contrato de trabajo, simplemente indicar o declarar que el mismo existió, tal y como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varias providencias, dentro de las que se puede consultar el radicado 41522 del 14 de agosto de 2012, reiterada en la SL 981 de 2019.

Por consiguiente, la prescripción de los derechos reclamados se deben contabilizar desde que cada uno de ellos se hizo exigible, que para el caso de las cesantías lo es a partir de la terminación del vínculo laboral (Sentencia Rad. 34393 del 24 de agosto de 2010 y SL8936 de 08/07/2015 rad. 42452).

Frente a las vacaciones, se debe tener en cuenta las reglas especiales atinentes a la exigibilidad de la compensación de las vacaciones, explicadas en la sentencia CSJ SL467-2019, la cual señaló

que el término de 3 años para que opere la prescripción debe contabilizarse después de transcurrido 1 año, pues de conformidad con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute.

Acorde con lo expuesto, al terminar la relación laboral el 20 de julio de 2014 y al haberse reclamado por parte de la demandante el pago de las prestaciones sociales de Mejía Rojas el 5º de agosto de 2014 (fl. 174) se tiene que operó la interrupción de la prescripción en los términos de los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y al haberse presentado la demanda el 29 de mayo de 2015 (fl. 28), se concluye que las obligaciones sociales distintas a las cesantías, mantienen su vigencia pero únicamente las causadas a partir del 5º de agosto de 2011, dado que frente a las anteriores se vieron afectadas por la prescripción.

En Cuanto a la compensación en dinero por las vacaciones, las causadas con anterioridad al 5º de agosto de 2010 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción conforme lo anotado en precedencia.

#### **De las prestaciones sociales legales y vacaciones**

Con base en lo anterior, demostrada la existencia de un verdadero contrato de trabajo, precisados los extremos y el salario, resulta consecuente que el demandado tenga que pagar las prestaciones sociales correspondientes al contrato celebrado, pero como así no lo hizo, se liquidarán las cesantías causadas del 1º de mayo de 1997 hasta el 19 de julio de 2014, los intereses a las cesantías desde el 5º de agosto de 2011 al 19 de julio de 2014 y las vacaciones desde el 5º de agosto de 2010.

Ahora, a efectos de realizar la correspondiente liquidación, se tendrán en cuenta los salarios relacionados en la planilla de folio 182-183 (expediente laboral); para los años de 1997 a 1999 al no encontrarse

acreditado en el plenario cuál era el salario, se tendrá en cuenta el mínimo legal mensual vigente de la época. Una vez efectuados los cálculos por parte del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, los valores adeudados son:

| <b>Tabla Liquidación Crédito</b> |                         |
|----------------------------------|-------------------------|
| Auxilio Cesantías                | \$ 28.076.345,06        |
| Intereses Sobre las Cesantías    | \$ 575.307,23           |
| Vacaciones                       | \$ 3.837.054,83         |
| <b>Total Liquidación</b>         | <b>\$ 32.488.707,11</b> |

En lo que respecta al pago de la prima de vacaciones y de navidad, se absolverá, toda vez que la activa no probó que éstas eran devengadas por los trabajadores de la demandada, igual suerte corren los intereses moratorios solicitados sobre estas dos acreencias (pretensión cuarta).

**De la Sanción por no la consignación de cesantías a un fondo – art. 99 de la Ley 50 de 1990**

En cuanto a esta pretensión (quinta), tenemos que el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, señaló las características del régimen especial de auxilio a las cesantías e indicó en su numeral 3º que: “El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

Frente a la imposición de la sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo, la Corte Suprema de Justicia tiene puntualizado<sup>1</sup> *“que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador*

<sup>1</sup> Sentencia SL3936-2018

en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables. De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).

Claro lo anterior, se advierte que la conducta desplegada por la demandada está revestida de mala fe, y a esta conclusión se arriba conforme a las prueba recaudadas, especialmente las declaraciones testimoniales que, como se dijo, dan cuenta de elementos propios de un trabajo subordinado como quedó explicado anteriormente, lo cual permite colegir que el contrato de prestación de servicios constituía una simple ficción para encubrir una verdadera relación de trabajo subordinada con el fin de evadir el pago de las acreencias laborales pertinentes.

Así las cosas, procede el Sala a realizar los cálculos correspondientes y encuentra que la misma asciende a **\$69.518.088**.

| <b>Tabla Sanción por no Consignación de Cesantías Art. 99 Ley 50 de 1990</b> |            |            |                     |              |                         |
|--|------------|------------|---------------------|--------------|-------------------------|
| Año  | Periodo    |            | No. Días de Sanción | Sanción      | Total                   |
| 2010   | 05/08/2011 | 15/02/2012 | 191                 | \$ 65.275,20 | \$ 12.467.563,20        |
| 2011   | 16/02/2012 | 15/02/2013 | 360                 | \$ 65.275,20 | \$ 23.499.072,00        |
| 2012   | 16/02/2013 | 15/02/2014 | 360                 | \$ 65.275,20 | \$ 23.499.072,00        |
| 2013   | 16/02/2014 | 19/07/2014 | 154                 | \$ 65.275,20 | \$ 10.052.380,80        |
| <b>Total Indemnización por no pago cesantías</b>                             |            |            |                     |              | <b>\$ 69.518.088,00</b> |

Conviene precisar que en este caso se reconocerá el pago de las anteriores acreencias laborales únicamente a favor de Luisa Victoria Gutiérrez López, dado que, pese a haberse emplazado a los herederos indeterminados éstos no se hicieron parte del proceso y, en cuanto a los determinados, los mismos mediante escritos de folios 211 a 213, coadyuvaron las pretensiones de la demanda, entendiéndose, que no se encuentran interesados en las acreencias aquí reclamadas.

### **De la Pensión de sobrevivientes**

En este punto, es oportuno poner de relieve que los deberes y responsabilidades derivados del sistema de seguridad social tienen una especial naturaleza jurídica, encaminada a la protección del trabajo y del individuo, de manera que la obligación del empleador de asumir el pago de las prestaciones, en estos especiales eventos de falta de afiliación, se entiende derivada de los efectos del trabajo humano y de la irrenunciabilidad de los beneficios derivados del mismo.

En virtud de lo anterior y al haberse establecido la existencia de una contrato realidad, en el presente caso resulta aplicable el artículo 2º del Decreto 1642 de 1995 (vigente para la época del deceso) el cual consagra la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Pensiones, al establecer en el artículo 8º expresamente que: *“Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido.”*

Situación que tiene sustento, en el hecho de que previo a la existencia de los sistemas de aseguramiento, la asunción del riesgo derivado de las contingencias sufridas por los trabajadores se encontraba radicada en cabeza de los empleadores, habiéndose dado la subrogación de tal responsabilidad con la creación de las entidades de seguridad

social, quienes la asumen siempre que medie la respectiva afiliación al sistema.

Así las cosas, debe precisarse que la ley aplicable para efectos de reconocimiento de pensión de sobrevivientes es la vigente en la fecha del fallecimiento del causante. En el presente caso, Gustavo Mejía Rojas, falleció el 20 de julio de 2014, según consta en el registro civil de defunción (f.º 11 y 171), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. El primero de ellos, establece como requisitos para acceder a la pensión que el afiliado al sistema que fallezca, hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y, el segundo, dispone en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes 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.

Bajo ese panorama, al descender al presente asunto y en lo referente al número mínimo de semanas, al acreditarse que entre Gustavo Mejía y la Fundación Universitaria San Martín medió un contrato de trabajo desde el 1º de mayo de 1997 al 20 de julio de 2014, el trabajador debió haber sido afiliado al sistema general de seguridad social por la enjuiciada, y si tal deber se hubiera cumplido, hasta el momento del fallecimiento habría alcanzado un total de 885.57 semanas cotizadas, de las cuales 154 semanas serían dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su deceso, de manera que se cumple el requisito de semanas previsto en la citada norma, para ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes.

Superado lo anterior, se procederá a estudiar, si la demandante acredita ser beneficiarias de la prestación de sobreviviente reclamada. Para el efecto, con la documental de folio 13 contentiva del registro de nacimiento de Luisa Victoria Gutiérrez López, se corrobora que la demandante nació el 28 de marzo de 1951, es decir, que para el 20 de

julio de 2014 (fecha del deceso del trabajador Gustavo Mejía Rojas), la activa contaba con 63 años de edad, es decir, que el estudio de la prestación se hará a la luz del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los herederos determinados Luisa Silvana, Sandra Liliana y Gustavo Mauricio Mejía Gutiérrez, una vez revisada la copia de las cédulas de ciudadanía (f.º. 200, 205 y 208) y los registros civiles de nacimiento (f.º. 201, 204 y 207), se corrobora primero, que son hijos del causante y segundo, que para la fecha de la muerte de Gustavo Mejía (20 de julio de 2014) tenían 27 años, 43 años y 41 años respectivamente. Es decir, que en los términos de la ley, no son beneficiarios de la prestación solicitada en su condición de hijos.

Asimismo, pese a haberse emplazado a los herederos indeterminados tal como se verifica con la correspondiente publicación vista a folio 219 del plenario, no se hicieron parte en el proceso.

Establecido lo anterior, se procedió a examinar los elementos de juicio allegados y se advierte a folio 26 declaración juramentada del 24 de octubre de 2014, en la que Myriam Atanache Romero, indicó que conoce de vista trato y comunicación a la promotora del juicio aproximadamente 44 años y precisó *“me consta que convivió en unión libre de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde el día 13 de septiembre de 1970 con el señor GUSTAVO MEJÍA ROJAS (...) y convivieron juntos hasta la fecha de su fallecimiento”*, documental que valga anotar, no fue desconocida o tachada por la demandada, como tampoco pedida su ratificación.

Conforme a ese elemento probatorio, se acredita la calidad de compañera permanente de Gutiérrez López respecto del causante, en consecuencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del fallecimiento de Gustavo Mejía Rojas a partir del 20 de julio de 2014, en un 100%, al ser la única beneficiaria. Prestación cuyo monto de conformidad con el artículo 48 de

la Ley 100 de 1993 al contar con un equivalente a 885.57 semanas, le corresponde una tasa de remplazo del 59%, sobre el IBL hallado del promedio de los salarios o rentas que devengó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al deceso.

Para todos los efectos legales pertinentes, se tendrán los salarios devengados por el causante y que se encuentran detallados en la planilla visible a folio 182 - 183. Igualmente, conforme al Acto legislativo 01 de 2005 y como quiera que la pensión se causó en el año 2014, el reconocimiento pensional será solo con 13 mesadas pensionales al año.

En cuanto a la excepción de prescripción, se ha de precisar que no existe ninguna mesada que prescribir, toda vez que la muerte de Gustavo Mejía Rojas acaeció el 20 de julio de 2014 y la demanda se interpuso el 29 de mayo de 2015 (fl. 28), por lo cual no transcurrió más de los 3 años establecidos en los artículos 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, se condenará a la demandada a pagar a favor de la demandante el retroactivo pensional a partir del 20 de julio de 2014, en las siguientes cuantías.

| AÑO  | VALOR MESADA   |
|------|----------------|
| 2014 | \$1.375.084,78 |
| 2015 | \$1425.413     |
| 2016 | \$1.521.913    |
| 2017 | \$1.609.423    |
| 2018 | \$1.675.248,40 |
| 2019 | \$1.728.521,30 |
| 2020 | \$1.794.205,11 |

#### **Aportes a Salud**

Paralelamente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del

Decreto 692 de 1994, se autoriza a la demandada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (SL2376-2018).

### **De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

De otra parte, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, el actor de seguridad social 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.

Rubro que resulta aplicable al presente caso, dado que la pensión se reconoce con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, pese a que el responsable en su pago es el empleador.

Ahora, el hito a partir del cual comienzan a correr los intereses moratorios previstos en la citada norma para pensiones de sobrevivientes, conforme el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, será vencido los **2 meses** que tiene para resolver la solicitud de pensión. En ese orden, conforme a las peticiones elevadas por la actora ante la accionada, se advierte que el 5º de noviembre de 2014 (f.º 180), presenta solicitud referente al tema pensional, situación que se corrobora con la respuesta emitida por la fundación accionada el 20 de noviembre de 2014 (f.º 27).

Por ello, al haberse establecido que Luisa Victoria Gutiérrez López, debió entrar a disfrutar de la pensión de sobrevivientes a partir del día 20 de julio de 2014 y al haberse causado un retroactivo pensional a su favor,

se condenará al pago de los intereses moratorios a partir del 5º de enero de 2015 y hasta el pago efectivo del mismo.

### **Excepciones**

Se declara probada parcialmente la de prescripción, conforme la parte motiva del fallo.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte demandada, las cuales serán fijadas por el juzgado de conocimiento en la oportunidad legal pertinente.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **VI. RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la existencia de un contrato de trabajo entre Gustavo Mejía Rojas y la Fundación Universitaria San Martín a partir del 1º de mayo de 1997 hasta el 20 de julio de 2014, conforme las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la Fundación Universitaria San Martín a reconocer y pagar a favor de la demandante Luisa Victoria Gutiérrez López en su calidad compañera permanente supérstite, los siguientes rubros:

| <b>Tabla Liquidación Crédito</b>     |                         |
|--------------------------------------|-------------------------|
| <i>Auxilio Cesantías</i>             | \$ 28.076.345,06        |
| <i>Intereses Sobre las Cesantías</i> | \$ 575.307,23           |
| <i>Vacaciones</i>                    | \$ 3.837.054,83         |
| <b>Total Liquidación</b>             | <b>\$ 32.488.707,11</b> |

**TERCERO: CONDENAR** a la Fundación Universitaria San Martín a reconocer y pagar a favor de la demandante Luisa Victoria Gutiérrez López en su calidad de supérstite, la suma de **\$69.518.088,00** por concepto sanción moratoria por la no consignación de cesantías consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990.

**CUARTO: CONDENAR** a la Fundación Universitaria San Martín a reconocer y pagar a favor de la demandante Luisa Victoria Gutiérrez López en su calidad de supérstite, la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de Gustavo Mejía Rojas, a partir del 20 de julio de 2014, en 13 mesadas pensionales al año, en las siguientes cuantías:

| <b>AÑO</b> | <b>VALOR MESADA</b> |
|------------|---------------------|
| 2014       | \$1.375.084,78      |
| 2015       | \$1425.413          |
| 2016       | \$1.521.913         |
| 2017       | \$1.609.423         |
| 2018       | \$1.675.248,40      |
| 2019       | \$1.728.521,30      |
| 2020       | \$1.794.205,11      |

**QUINTO: CONDENAR** a la Fundación Universitaria San Martín a pagar a Luisa Victoria Gutiérrez López los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 5º de enero de 2015 hasta cuando se efectuó el pago del valor aquí condenado.

**SEXTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás, conforme lo expuesto.

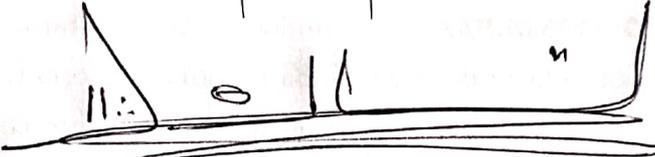
**SÉPTIMO:** Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER.**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *salvo voto*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 1100131050 017 2018 00344 01

**DEMANDANTE:** EMILIANO MALAGÓN BERMUDEZ

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, el 26 de agosto de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge a cargo desde que le fue reconocida la pensión, en catorce mensualidades al año, junto con la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución n° 110644 del 13 de junio de 2011, le fue reconocida pensión de vejez conforme el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición. Que convive desde hace 30 años con su cónyuge Nydia Fonseca Barrero, quien depende económicamente de él, pues siempre se ha dedicado a las labores del hogar. Finalmente, señala que reclamó administrativamente el 16 de diciembre de 2013 (f.º 3 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Argumentó que los incrementos reclamados no hacen parte de la pensión para quienes son beneficiarios del régimen de transición. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de pago de intereses y la indexación, carencia de causa para demandar y las demás que fueren declarables de oficio (f.º 18 a 33).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de agosto de 2019, declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra (f.º 51 y 52).

En sustento de su decisión, indicó que el demandante no reclamó el derecho en el término que la ley le concedió.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al señalar que la prescripción solamente afecta las mesadas que no fueron oportunamente reclamadas, pero no el derecho a percibir los incrementos pensionales.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

## **IV. CONSIDERACIONES**

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo o por el contrario, operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como lo concluyó el *A quo*.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º. 011411 del 13 de junio de 2011, la entidad demandada reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 10 de marzo de 2011, por ser beneficiario del régimen de transición (Folios 9 y 10).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, aportó el demandante como prueba la copia de registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado el 23 de junio de 1979 entre el demandante y Nydia Fonseca Barrero, el cual no presenta anotación alguna de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (f.º. 12).

Igualmente, solicitó la práctica del testimonio de Jorge Agustín Ballesteros Abril (amigo desde hace 45 años) y Jaime Malagón Bermúdez (hermano del accionante), quienes manifestaron que el demandante y su cónyuge han convivido de manera ininterrumpida, tiempo durante el cual, quien ha asumido los gastos de manutención del hogar es el actor, pues su cónyuge se dedica al hogar. Señalaron que, aunque la pareja tiene hijos, no saben si estos les colaboran a sus padres

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que la cónyuge del demandante depende económicamente de éste, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que en principio sería procedente acceder a su pretensiones. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida mediante Resolución n.º 110644 del 13 de junio de 2011 (f.º 9 y 10); la reclamación administrativa se presentó el 16 de diciembre de 2013, la cual fue contestada por la entidad en la misma fecha (f.º 11), sin embargo, la demanda solo fue interpuesta hasta el 21 de junio de 2018 (f.º 1), es decir, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirmará la decisión analizada.

Sin costas en esta instancia.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 12 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *Asociación de*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: EMILIANO MALAGON BERMUDEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2018 00344 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 1100131050 21 2018 00613 01

**DEMANDANTE:** LUZ MARÍA ANAYA OCAMPO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de septiembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión de invalidez, a partir del 30 de enero de 2013, más los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cuenta con 836.86 semanas válidamente cotizadas y Colpensiones determinó que padece una pérdida de capacidad laboral de 69.35%, estructurada el 30 de enero de 2013. Que la demandada ha negado el reconocimiento de la prestación por considerar que no acredita los requisitos establecidos en la ley y deja abierta la posibilidad de seguir cotizando hasta completar 1300 semanas (f. 2 a 5).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones en los términos visibles a folios 34 a 42.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que la demandante no cotizó semana alguna en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Concluyó que no cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez consagrados en la norma vigente al momento en que esta se estructuró, ni tampoco con los previstos en la norma inmediatamente anterior.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión

## **III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

## **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada.

Para dilucidar tal problema jurídico, conviene precisar que, en materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento

en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Así, tratándose de la pensión de invalidez la norma aplicable será aquella en vigencia de la cual se determine la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013; SL, 13 nov. 2013, rad. 42648, que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815).

Como quiera que la invalidez de la demandante se estructuró el 30 de enero de 2006 (f.º 9 a 12) debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que es la norma vigente en dicha calenda, la cual establece como requisitos para obtener la pensión de invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el asunto bajo examen, se cumple el primer requisito por cuanto a la demandante se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 69.35% (f.º 22 a 24). No obstante, la promotora del juicio no cotizó semana alguna dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez (f.º 43 a 47), por lo que no es procedente reconocer la pensión reclamada con base en la norma vigente al momento en que se estructuró la invalidez.

De otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia propone que se atenúe, en ciertos casos, la rigurosidad del principio de la aplicación de la ley vigente, pero lo hace sólo para que se le permita cobrar efectos jurídicos a la norma inmediatamente anterior derogada, mediante la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (SL2358 - 2017). El cual, en ningún caso, permite debido a los efectos de la llamada «plusultraactividad» hacer una búsqueda histórica hasta llegar a la norma que más favorezca al afiliado (SL4342-2018 y SL1000-2020).

Sobre este principio la Corte Suprema de Justicia señaló que *“es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional*

*con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de un situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional su aplicación necesariamente es retringida y temporal. (CSJ SL 2358- 2017).*

Así las cosas, como la ley anterior a la 860 de 2003, es la Ley 100 de 1993 original, solo podría acudirse a este precepto en virtud del principio invocado. No obstante, la demandante, tampoco cumple con sus previsiones, pues no cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de la estructuración de su invalidez, esto es, entre el 30 de enero de 2005 y el 30 de enero de 2006 (f.º 9 a 12), ello como quiera que no se encontraba cotizando, pues con anterioridad a la estructuración de la condición de discapacidad realizó el último aporte para enero de 1998 (f.º 43). Así las cosas, tampoco reúne los requisitos previstos en la norma inmediatamente anterior como acertadamente concluyó la jueza de primera instancia.

De otra parte, se advierte que tampoco es aplicable en este caso el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en el sentido que, si el afiliado ha cotizado el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez. Ello, en atención a que la promotora del juicio apenas cotizó 602 semanas (f.º 43) y no cumplió con las 25 semanas cotizadas dentro del periodo señalado en el precepto legal referido, pues, durante en ese tiempo no efectuó cotización alguna.

Finalmente, como quiera que la pérdida de capacidad laboral de la demandante, según dictamen emitido por Colpensiones el 26 de septiembre de 2013, se deriva de un accidente vascular del sistema nervioso central y secuela de trauma craneoencefálico, no es posible dar aplicación al criterio jurisprudencial utilizado para eventos en que la invalidez se produce por efectos de una enfermedad congénita o degenerativa, como quiera que la actora no se demostró que sus

padecimientos sean de esta naturaleza, como lo ordena el artículo 167 del Código General del Proceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión analizada en grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en la consulta.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo 5º de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá.

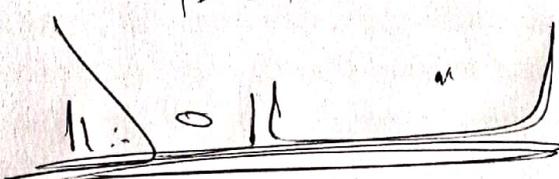
**SEGUNDO:** Sin COSTAS en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

### **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 1100131050 027 2018 00112 01

**DEMANDANTE:** JOSÉ EVELIO HENAO RAMÍREZ

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de septiembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar el incremento del 14% por su cónyuge a cargo desde que le fue reconocida la pensión, a razón de 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios, la indexación correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que le fue reconocida pensión mediante Resolución No. 002454 de 2001, conforme el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición. Que el 14 de marzo de 1970, contrajo matrimonio con Mery Sánchez De Henao, quien depende económicamente de él, es su beneficiaria en salud y no percibe pensión alguna. Finalmente, que reclamó administrativamente el 11 de septiembre de 2017 (f° 35 a 41).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En su defensa, argumentó que el accionante no acredita los requisitos previstos en la norma para acceder al incremento. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada (f.º 46 a 57).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que la ley 100 de 1993, derogó los incrementos y que el régimen de transición no comprende el derecho reclamado.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

## **III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

## **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo, o en su defecto los mismos desaparecieron del mundo jurídico con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Para dilucidar dicho problema jurídico, se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º. 2454 de 2001, la entidad demandada reconoció al actor pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de octubre de 2001, por ser beneficiario del régimen de transición (f.º. 13).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión. Paralelamente, prevé el incremento en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos en situación de discapacidad no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario.

En el presente caso, aportó el demandante como prueba copia de registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado el 14 de marzo de 1970 entre el demandante y Mery Sánchez De Henao, el cual no presenta anotación alguna de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (f.º. 15);

certificado expedido por la Nueva EPS, según el cual, la cónyuge es beneficiaria de los servicios de salud del actor (f.º 20); declaraciones extra proceso suscritas por Omaira Henao De Zapata y Luis Álvaro Marín Valencia, en las que señalan que conocen al accionante y su esposa, por lo que les consta que los gastos de atención médica, alimentación, vestuario y demás *"son solventados por ambos"* (f.º 18 y 19)

Igualmente, a petición de la parte demandante fueron practicados los testimonios de Mery Sánchez De Henao, cuyo dicho no toma en cuenta la Sala por tener interés directo en las resultas del proceso y Luis Álvaro Marín Valencia quien señaló que conoce a la pareja conformada por el demandante y su cónyuge desde hace 30 años, tiempo en el cual le consta que han convivido de manera ininterrumpida. Aseguró, que aunque la pareja tiene siete hijos, vive con 2 de ellos y apenas uno les colabora con los alimentos a sus padres, cuando tiene trabajo; asegura que Mery Sánchez De Henao siempre se ha dedicado al hogar y quien se encarga de su manutención es su esposo, pues ella no tiene ningún ingreso.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que la cónyuge del demandante depende económicamente de éste, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que en principio sería procedente acceder a su pretensiones. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a

los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

Bajo ese panorama, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida al actor mediante Resolución n.º. 2454 de 2001 (f. 13) y la reclamación administrativa se presentó el 11 de septiembre de 2017 (f.º. 17) es decir, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del CST y artículo 151 del CPT y SS, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se confirmará la decisión analizada pero por las razones aquí expuestas. .

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 27 de septiembre de 2019, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *relaciones de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: JOSE EVELIO HENAO RAMIREZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2018 00112 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la Republica y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Calle Boyacá de la Nación 1000000

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO: 110013105 027 2018 00269 01**

**DEMANDANTE: ODILIA RODRÍGUEZ DE RINCÓN**

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de septiembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que estuvo incapacitada por la patología escoliosis no especificada, hipertensión esencial, a partir de 10 de julio de 2013 hasta el 9° de enero de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexadas las incapacidades dejadas de pagar desde el 10 de enero de 2014 hasta el 9° de enero de 2015, esto es, del día 181 al 540, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9° de enero de 1960 y actualmente padece escoliosis severa y discopatía degenerativa. Que el 5° de julio de 2016, solicitó a la demandada el pago de incapacidades y el 10 de marzo de 2017 presentó acción de tutela,

mediante la cual respondió Colpensiones que no era procedente el pago solicitado (f.º 2 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones de conformidad con los folios 121 a 129.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de septiembre de 2019, condenó a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$5.984.241, por concepto de los subsidios económicos por incapacidad temporal otorgada desde el 10 de febrero de 2014 hasta el 5º de febrero de 2015, debidamente indexados a partir del momento en que se hicieron exigible hasta cuando se cancele la obligación (f.º 167).

En sustento de su decisión, indicó que la demandada como administradora de pensiones está llamada a responder por las incapacidades prescritas entre el día 181 y el día 540. Encontró que Colpensiones, luego de recibir el concepto desfavorable de recuperación no fue diligente en iniciar el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que si bien es cierto la pensión quedó en firme desde el 1º de enero de 2016, las causales que le dieron origen a esta pensión de invalidez van desde el momento en el que se da la calificación de la pérdida de capacidad, por tanto, el reconocimiento sería entonces desde febrero de 2014. Por tal motivo, lo que debió pedirse fue el pago del retroactivo desde ese data. Preciso que las incapacidades y las mesadas serían incompatibles, conforme a la ley 776 de 2002.

#### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **De la consulta en favor de Colpensiones**

Corresponde a la Sala dilucidar si es procedente condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reconocer y pagar incapacidades médicas prescritas por el periodo reclamado por la demandante.

Para resolver problema jurídico, se encuentra demostrado que Colpensiones mediante Resolución GNR 190 de 4º de enero de 2016, reconoció a Odilia Rodríguez de Rincón pensión anticipada de vejez, a partir del 1º de enero de 2016, en cuantía inicial de \$644.350, según consta en acto administrativo allegado por la entidad en CD contentivo del expediente administrativo de folio 130.

Ahora bien, frente al pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación de la remuneración que el trabajador recibirá durante ese lapso. Por ello, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el

pago de un auxilio económico, pero cuando se trata del día 181 en adelante se habla del pago de un subsidio de incapacidad.

Bajo ese panorama, la obligación del pago de incapacidades se encuentra en las diferentes entidades del sistema de seguridad social. En lo que importa al proceso, desde el día 181 y hasta el día 540, las incapacidades están a cargo del fondo de pensiones de conformidad con la facultad que prevé el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

Ahora, conforme al artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, para los afiliados cotizantes es hasta por el término de 180 días a cargo de la EPS, y cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de dicha entidad, el fondo de pensiones postergará el trámite de calificación de la invalidez del afiliado, hasta por un término máximo de trescientos sesenta días calendario y en este periodo deberá pagar un subsidio equivalente a aquel que venía percibiendo por concepto de incapacidades. Al respecto el citado artículo 142 del Decreto 19 de 2012, dispone:

*Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días*

*iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.*

En el presente asunto, la NUEVA EPS remitió a COLPENSIONES concepto de rehabilitación y pronóstico desfavorable de la accionante el 29 de octubre de 2013 (f.º 13 a 15), cuando apenas le habían sido prescritos 74 días de incapacidad, según se extrae del certificado de folios 9 a 12. En este orden de ideas, es claro que la EPS cumplió con la responsabilidad que le impone la ley, por lo que estaba a cargo de Colpensiones, determinar la pérdida de capacidad laboral de su afiliada.

Fue así que se emitió dictamen, conforme se colige de la comunicación de 23 de mayo de 2017, la cual señala que el 4º de abril de 2014, Colpensiones determinó que la accionante padecía una pérdida de capacidad laboral del 29.26%, de origen común, estructurada el 25 de febrero de 2014. Igualmente, se verifica que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mediante dictamen del 14 de noviembre de 2014, confirmó la fecha de estructuración y determinó un 45.60%, de pérdida de capacidad laboral, decisión que fue confirmada en su totalidad por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante experticia de 25 de agosto de 2015 (f.º 110 y 111).

En ese horizonte, tal como acertadamente concluyó la jueza de primera instancia, la demandada tenía a su cargo el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181, en la misma suma que venía pagando la EPS, esto es, sobre un salario mínimo legal mensual vigente, en según se verifica del certificado de folios 9 a 12.

Ahora, realizadas las validaciones correspondientes, la Sala encontró que el pago a cargo de Colpensiones asciende a \$6.146.882, no obstante, la jueza determinó que la condena corresponde a \$5.984.241, y la parte actora no manifestó inconformidad al respecto, por lo que el Tribunal no puede modificar la condena, pues, la consulta se surte en favor de la demandada.

De otro lado, como quiera que la promotora del juicio no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la entidad deberá indexar cada uno de los subsidios, desde que se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación, tal como ordenó la jueza de conocimiento.

Finalmente, no se encuentra probado el fenómeno prescriptivo, dado que la actora solicitó el pago de las referidas incapacidades el 5º de julio de 2016 la cual se entiende respondida con la misiva emanada de Colpensiones del 24 de marzo de 2017 (cd del expediente administrativo) y la presentación de la demanda ocurrió el 16 de mayo de 2018 (fl. 117). Es decir, no transcurrió entre y otra fecha, más de los 3 años a que alude los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral.

#### **Del recurso de apelación de la parte demandada**

Argumenta en la apelación que la pensión de invalidez debe ser reconocida desde la fecha en que se estructura la pérdida de la capacidad laboral, por lo que la demandante debió solicitar el pago de retroactivo pensional, dado que las mesadas pensionales son incompatibles con el pago de incapacidades.

Sobre el particular, se advierte que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 25 de agosto de 2015, determinó que la accionante padecía una pérdida de capacidad laboral del 46.60%, con una deficiencia del 26.75%, estructurada 25 de febrero de 2014. Igualmente que, en atención a ese grado de pérdida de capacidad laboral, Colpensiones mediante Resolución GNR 1190 del 4º de enero de 2016, reconoció la pensión anticipada de vejez prevista en el parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, porque además acreditaba más de 1.000 semanas cotizadas y 55 años de edad, lo que cumplió el 9 de enero de 2015.

Aquí conviene precisar que, en este tipo de pensiones, la data de estructuración de la invalidez no determina la fecha de causación de la prestación, como sucede en la pensión de invalidez, pues aquí corresponde verificar el cumplimiento de otros requisitos. En este orden de ideas, no le asiste razón a la demandada, pues la prestación que disfruta el libelista no es de invalidez, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia, surtido el grado de consulta en favor de la entidad y atendido el recurso de apelación de la demandada, la Sala confirmará la decisión analizada.

No se causan costas en el grado de jurisdicción, ni en la instancia.

#### **VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de 17 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 27º Laboral del Circuito e Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



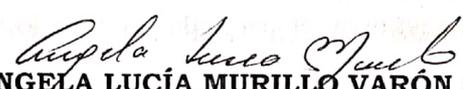
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 028 2018 00177 01

**DEMANDANTE:** MIGUEL GÓMEZ

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad, el 26 de agosto de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez, con una tasa de remplazo del 81%, debidamente indexado los salarios base de cotización, más los incrementos pensionales por persona a cargo, el retroactivo, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de junio de 1940 y cotizó al Instituto de los Seguros Sociales un total de 1127 semanas hasta el 21 de noviembre de 1988; agregó que mediante Resolución n° 021730 de 2000, el ISS le reconoció pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que conllevó a radicar el 17 de enero de 2018, la reliquidación conforme al Decreto 758

de 1990 y los incrementos pensionales, por ser beneficiario del régimen de transición. Que a través de Resolución SUB 27870 del 31 de enero de 2018, le fue aplicado el Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de remplazo del 81%, pero negó el incremento pensional.

Afirmó que aún existe una diferencia pensional, dado que no se liquidó correctamente la prestación con el IBL de toda la vida laboral o con los ingresos del tiempo que le hiciera le falta. Además, su cónyuge depende económicamente, pues no trabaja, no recibe pensión, ni percibe ingresos propios, lo cual, le da el derecho a partir del momento en que le reconocieron la pensión al amparo del Decreto 758 de 1990.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la condición de beneficiario del régimen de transición, el reconocimiento de la pensión en el año 2000 conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y posteriormente, a través de la Resolución SUB 27870 de 2018, la reliquidación de la prestación en aplicación del Decreto 758 de 1990. Frente a los demás, adujo que no le constaban o que no eran hechos sino apreciaciones subjetivas.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, no procedencia de pago de costas, buena fe, cobro de lo no debido y las demás que fueren declarables de oficio (f.º 34 a 38).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que al Colpensiones reliquidó bien la pensión en la Resolución SUB 27870 del 31 de enero de 2018, como quiera que tuvo en cuenta una tasa de remplazo del 81% y aplicó el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Señala que una vez

efectuada la liquidación con toda la vida laboral y con el IBL de lo cotizado entre la fecha de vigencia del sistema de seguridad social hasta el momento en que adquirió el derecho, por faltarle menos de 10 años, es más benéfico la primera opción, lo cual al aplicarle la prescripción de las mesadas con anterioridad al 17 de enero de 2015, arrojaba idéntico resultado que al demandado.

En cuanto a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en Acuerdo 049 de 1990, señaló que desaparecieron de la vida jurídica con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal como determinó la Corte Constitucional en sentencia de unificación 140 de 2019.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al señalar que la pensión debe ser liquidada conforme al tiempo que le hiciera falta con lo cotizado entre el 1º de abril de 1994 y el momento en que cumplió los requisitos de pensión, que lo fue en el año 2000, pues en virtud del reporte de semanas actualizado, se evidencia que los últimos salarios fueron superiores a los cotizados en toda la vida laboral.

En cuanto al incremento pensional por cónyuge a cargo, refiere que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran vigentes respecto de los afiliados que pertenezcan al régimen de transición y se les aplique el Decreto 758 de 1990. Asimismo, que en este caso se encuentran demostrados los requisitos para acceder al derecho, debiendo contabilizarse el fenómeno prescriptivo a partir desde el momento en que se hizo exigible, es decir, a partir del instante en que reconocieron ser beneficiario de la transición y por ende, le aplicaron el Decreto 758 de 1990, lo cual solo vino a materializarse con la Resolución SUB 27870 de 31 de diciembre de 2018.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación corresponde a la Sala determinar si el demandante le es más benéfico liquidar su pensión de vejez, conforme lo cotizado a partir de la vigencia del sistema y el momento en que cumplió los requisitos de pensión en virtud del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, si tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento por persona a cargo.

Para dilucidar dicho problema jurídico, se encuentra demostrado que: **i)** el demandante nació el 15 de junio de 1940, por tanto, cumplió los 60 años el mismo día y mes del año 2000, según la copia de cédula de ciudadanía (fl.15); **ii)** el ISS mediante Resolución n° 021730 de 2000, reconoció la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 junio de 2000, con una mesada inicial de \$336.779 (fl. 19); **iii)** el actor en petición del 17 de enero de 2018, imploró ante la demandada la revocatoria de la Resolución del año 2000, para en su lugar, le sea concedida la prestación conforme los parámetros del Decreto 758 de 1990, se aplique el IBL más favorable, el incremento pensional del 14% por persona a cargo y el retroactivo correspondiente; **iv)** Colpensiones en Resolución SUB 27870 de 31 de enero de 2018, notificada el 26 de febrero de 2018, decidió reconocerle al actor el régimen de transición y aplicarle el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ello, reliquidó la pensión con una tasa de remplazo del 81% y el promedio de toda la vida laboral, al serle mucho más benéfico, cuya cuantía para el 15 de junio de 2000 la determinó en \$404.177 y para la anualidad 2018 en \$984.625 (fl. 20 a 24); por último, **v)** según reporte de semanas actualizado al 2019, se acredita 1.127.14 semanas entre el 1º de enero de 1967 al 21 noviembre 1988 (fl. CD expediente administrativo fl. 47).

### **Del Ingreso Base de Liquidación**

Puestas las cosas de esta manera, no queda duda que el demandante al ser beneficiario del régimen de transición le es dable liquidar la pensión conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley de 100 de 1993, el cual señala que *«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base el Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE»* (sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552; SL, 22 ene. 2013, rad. 37246; SL 464-2013; SL 730-2013, SL3696-2018 y SL 3330 de 2019).

En ese horizonte, efectuada las validaciones correspondientes con la ayuda del liquidador cuyo trabajo se anexa y hace parte de la presente providencia, se determinó que el accionante al faltarle menos de 10 años entre el momento en que entró en vigencia el sistema de seguridad social y el 15 de junio de 2000, día en que cumplió los 60 años de edad, le es dable liquidar la pensión con *“el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello”*. No obstante, conforme a los cálculos efectuados bajo esa hipótesis, resulta la mesada inferior a la liquidada por Colpensiones con toda la vida laboral, pues, la mesada al año 2000 ascendería **\$402.513** y para el año 2018 en **\$980.573**; y la determinada en Resolución SUB 27870 del 31 de enero de 2018, equivale para los mismos periodos a **\$404.177** y **\$984.625**, respectivamente.

Por tal motivo, no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, frente a este tópico.

### **Del Incremento Pensional por Persona a Cargo**

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta

jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión. Paralelamente, prevé el incremento en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos en situación de discapacidad no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario.

En el presente caso, obra como prueba la partida de matrimonio del 20 de febrero de 1960, entre Miguel Gómez y Rosa Tulia Olivares (fl. 18); la declaración extra juicio ante Notaria 17 del Circulo de Bogotá donde manifiesta Rosa Tulia Olivares, que es casada con el demandante hace 57 años, convive bajo el mismo techo, no es pensionada, se dedica a las labores del hogar y depende económicamente de su esposo (fl. 17) y certificación de la EPS Compensar, que da cuenta que el demandante tiene como beneficiaria de los servicios de salud a su cónyuge desde el 16 de julio de 2015 (fl. 25).

Finalmente, se practicó el testimonio de Luis Eduardo Pabón, quien señaló que conoce a la pareja hace 46 años porque son vecinos, los visita con frecuencia, saben que son casados, tienen 4 hijos mayores de edad,

los cuales no colaboran a sus padres; aduce que es el demandante quien solventas los gastos básicos del hogar, como servicios públicos y mercado lo cual ha visto además que la esposa no recibe pensión.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que la cónyuge del demandante depende económicamente de éste, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que es procedente el reconocimiento del incremento pensional.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

Bajo ese panorama, en el presente caso el referido incremento debe concederse a partir del momento en que el demandante exteriorizó su voluntad de acogerse al régimen de transición con la consecuente aplicación del Decreto 758 de 1990, lo cual vino a ocurrir el 17 de enero de 2018, dado que la garantía de la transición no es susceptible de prescripción.

En ese orden de ideas, es dable inferir que el derecho al incremento se hizo demandable una vez se puso en conocimiento el Acto Administrativo SUB 27870 del 31 de enero de 2018, notificado el 26 de febrero del mismo año, mediante el cual Colpensiones reconoce la transición y le aplica el Decreto 758 de 1990, el cual consagra el reajuste pretendido. Por tanto, al presentar la demanda el 23 de marzo de 2018 (fl. 29), no transcurrió entre una y otra fecha el término trienal previsto las normas enunciadas, por lo que le asiste el derecho a partir del 17 de enero de 2018, debidamente indexado sobre un salario mínimo legal mensual vigente, en 14 mesadas al año, dado que la pensión se causó antes de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, se revoca el fallo de primera instancia, para en su lugar, condenar al pago del incremento pensional del 14% en la forma enunciada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

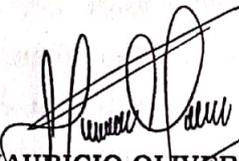
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019, para en su lugar, condenar a la demandada a reconocer y pagar al demandante, el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 17 de enero de 2018, sobre un salario mínimo legal mensual vigente, en 14 mesadas al año, debidamente indexado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás el fallo apelado.

**TERCERO: Sin COSTAS** en esta instancia ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *salvamento de voto parcial*

70

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



**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

DEMANDANTE: MIGUEL GOMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2018 00177 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento salvamento de voto respecto de la decisión de reconocimiento de incremento pensional consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 ya que se considera que los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990 no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

Adicionalmente, es de anotar que el incremento pensional no se liquida respecto de las mesadas adicionales en la medida que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 solo lo autoriza para la pensión mensual, esto es, solo sobre las mensualidades vencidas porque de tal manera se pagan las pensiones de invalidez y vejez, de conformidad con el artículo 35 del decreto en mención, sin que en el artículo 21 se encuentre autorizado el pago sobre las mesadas anuales que son las adicionales que se pagan en los meses de junio y diciembre de cada año, consagradas en los artículos 39 del acuerdo 049 de 1990 y 142 de la ley 100 de

1992, porque de manera expresa estos artículos indican que estas mesadas son anuales.

En ese orden de ideas, se considera que la sentencia de primera instancia debió ser confirmada en su integridad.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 030 2018 00426 01

**DEMANDANTE:** GERMÁN SARMIENTO FERRO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de septiembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de una relación laboral con el demandado Colegio Militar Antonio Nariño Ltda, a partir de 1° de febrero de 1982. En consecuencia, se disponga el pago de los aportes pensionales en mora correspondientes a los años 2002 a 2006 y 2011 a 2017. Igualmente, se condene a Colpensiones y al Colegio a reconocer la pensión de vejez desde el momento en que se cumplieron los requisitos de edad y semanas hasta la fecha efectiva del pago, con una tasa de remplazo del 80%, más los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó sus servicios personales al Colegio Militar Antonio Nariño Ltda desde el 1° de febrero de 1982 hasta marzo de 2018, mediante contrato de trabajo a término indefinido, durante el cual se omitió realizar los aportes a pensión de los

meses de enero, febrero, marzo, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2002; los años 2003 y 2004; enero, febrero, abril, mayo y junio del 2005; marzo y diciembre de 2006; abril, mayo, junio, septiembre y octubre del año 2011, así como el mes de febrero de 2017.

Señala que el 17 de noviembre de 2017 solicitó la pensión de vejez a Colpensiones, la cual fue concedida mediante Resolución SUB 37020 del 8 de febrero de 2018, con fundamento en 1.726 semanas cotizadas, un IBL de \$3.098.464 al que se le aplicó una tasa de remplazo del 75.52%, lo cual arrojó una primera mesada para el 1º de marzo de 2018 de \$2.339.960. Aduce que la tasa de remplazo que debió ser aplicada para liquidar su pensión es del 80%.

Al dar respuesta a la demanda, el Colegio Militar Antonio Nariño Ltda, se opuso a las pretensiones. Adujo que realizó acuerdos de pago con Colpensiones los cuales fueron atendidos en su totalidad en el año 2018 (f.º 41 a 43 y 77 a 79 subsanación).

Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones, para lo cual refirió que el empleador es el llamado a responder por el pago de aportes a sus trabajadores (f.º 59 a 63).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de septiembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el accionante y el Colegio Militar Antonio Nariño a partir del 1º de febrero de 1982 al 28 de febrero de 2018. Condenó a esta demandada a pagar en favor del afiliado el cálculo actuarial que determine Colpensiones correspondiente a los aportes dejados de cotizar equivalentes a 188.76 semanas, conforme al salario devengado, según la historia laboral.

Paralelamente, dispuso a Colpensiones pagar al demandante como primera mesada pensional la suma de \$2.484.606 a partir del 1º de marzo

de 2018, con fundamento en 1.934 semanas, con un IBL de \$3.105.757 y una tasa de remplazo del 80%, cuya mesada para el año 2019 es \$2.563.616. Ordenó el pago del retroactivo equivalente a las diferencias causadas entre el 1º de marzo de 2018 hasta el 31 de agosto de 2019 la suma de \$2.785.071, junto con la indexación que asciende a \$50.563 y costas procesales a cargo del Colegio.

En sustento de su decisión, indicó que como quiera que el demandante prestó sus servicios al Colegio Militar Antonio Nariño bajo una única relación laboral, este empleador debe responder por las cotizaciones de aquellos periodos en que omitió hacer los aportes correspondientes a pensiones. En consecuencia, determinó que el accionante tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional, pues teniendo en cuenta las semanas no cotizadas por el colegio la tasa e remplazo a aplicar al ingreso base de liquidación corresponde al 80%.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

### **III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

### **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si conforme a los aportes en mora dejados de cancelar por parte del empleador Colegio Militar Antonio Nariño Ltda., el promotor del juicio tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones.

Para ello, se encuentra demostrado que: **i)** Colpensiones mediante Resolución SUB 37020 del 8 de febrero de 2018, reconoció pensión de vejez, a partir del 1° de marzo de 2018, en cuantía inicial de \$2.339.960, al tener en cuenta un ingreso base de liquidación de \$3.098.464, una tasa de remplazo del 75% y 1.726 semanas cotizadas (f.º. 4 a 8) y **ii)** además, está al margen de la discusión en este grado jurisdiccional que entre el Colegio Militar Antonio Nariño Ltda. y el accionante existió un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 1982 hasta el 28 de febrero de 2018, dado que así lo declaró el juez de conocimiento y las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

Puestas las cosas de esta manera, conviene recordar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Por ello, el trabajo efectivo, desarrollado en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo (sentencia SL514-2020, la cual reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270)

Paralelamente, ha puntualizado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral, frente a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ

SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017)

Bajo esa línea jurisprudencial queda claro entonces que, a efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado a fin de verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, por tanto, la forma de liquidarla, deben tenerse en cuenta a más de las consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Aquí conviene precisar que, los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo las administradoras tiene la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el presente caso, pese a que el vínculo laboral se extendió entre los extremos señalados, existió afiliación al sub-sistema de pensiones y concurrió el empleador con la mayoría del pago oportuno de las cotizaciones, al revisar la historia laboral allegada por Colpensiones en CD de folio 75, se evidencia que, sin mediar interrupción alguna en la prestación del servicio subordinado, el empleador demandado no pago de los aportes de 196.73, semanas correspondientes a los periodos que a continuación se discriminan:

| <b>Periodos en mora Colegio Militar Antonio Nariño Ltda</b> |                    |                            |                    |
|---|--------------------|----------------------------|--------------------|
| <b>Fecha Inicio</b>   | <b>Fecha Final</b> | <b>No. Dias (Dias 365)</b> | <b>No. Semanas</b> |
| <u>5/09/1999</u>  | <u>30/09/1999</u>  | <u>26</u>                  | <u>3,71</u>        |
| <u>1/01/2002</u>  | <u>31/03/2002</u>  | <u>90</u>                  | <u>12,86</u>       |
| <u>1/08/2002</u>  | <u>28/02/2005</u>  | <u>930</u>                 | <u>132,86</u>      |
| <u>1/04/2005</u>  | <u>30/06/2005</u>  | <u>90</u>                  | <u>12,86</u>       |
| <u>30/01/2006</u>   | <u>30/01/2006</u>  | <u>1</u>                   | <u>0,1</u>         |

|                   |                   |             |               |
|-------------------|-------------------|-------------|---------------|
| <u>1/03/2006</u>  | <u>31/03/2006</u> | <u>30</u>   | <u>4,29</u>   |
| <u>1/12/2006</u>  | <u>31/12/2006</u> | <u>30</u>   | <u>4,29</u>   |
| <u>1/04/2011</u>  | <u>30/06/2011</u> | <u>90</u>   | <u>12,86</u>  |
| <u>1/09/2011</u>  | <u>31/10/2011</u> | <u>60</u>   | <u>8,57</u>   |
| <u>28/09/2016</u> | <u>1/10/2016</u>  | <u>4</u>    | <u>0,57</u>   |
| <u>24/11/2016</u> | <u>30/11/2016</u> | <u>7</u>    | <u>1,00</u>   |
| <u>28/02/2017</u> | <u>28/02/2017</u> | <u>1</u>    | <u>0,14</u>   |
| <u>13/02/2018</u> | <u>28/02/2018</u> | <u>18</u>   | <u>2,57</u>   |
|                   |                   | <b>1377</b> | <b>196,73</b> |

En ese contexto, lo procedente era ordenar al Colegio Militar Antonio Nariño Ltda. a solventar las semanas cuyos pagos omitió con los respectivos intereses de mora; no obstante, el juez de conocimiento dispuso al empleador a cancelar cálculo actuarial, sin que tal condena hubiere merecido reparo alguno a este demandado, por lo que la Sala no puede entrar a modificarla.

#### **De la reliquidación de la pensión**

De otra parte, como quiera que la entidad reconoció al actor la pensión de vejez en aplicación del de la ley 797 de 2003 (f.º 4 a 8), procede la Sala a validar si es procedente la reliquidación de la pensión ordenada por el *A quo*.

Pues bien, para determinar el monto de la pensión en el presente asunto, debe darse aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10º de la ley 797 de 2003, el cual dispone en su inciso final que *“a partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”*.

En el caso concreto, de conformidad con el contenido de la Resolución SUB 37020 del 8 de febrero de 2018, (f.º 5 a 8), el actor cotizó a lo largo de su vida laboral 1.726 semanas, a las que deben ser sumadas las 196.73, en las cuales el empleador no realizó aportes, lo que permite acumular un total de 1.943 semanas. Ahora, realizadas las validaciones correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, cuyo trabajo se incorpora y hace parte de esta providencia, se determinó que el ingreso base de liquidación calculado con los salarios cotizados por el accionante en los **últimos 10 años** asciende a \$3.047.289, esto es, una suma inferior a la determinada por Colpensiones en Acto Administrativo SUB 37020 de 2017 (f.º 5 a 8), que lo fue de \$3.098.464, igualmente es menor al establecido por el juez de primera instancia en \$3.105.757.

Por tal motivo, el Tribunal tendrá como IBL la suma de \$3.047.289, que al aplicarle la tasa de remplazo del 80% (1943 semanas), arroja como mesada inicial debidamente ajustada al 1º de marzo de 2018, la suma de **\$2.437.831**, es decir, una cifra superior a la otorgada para la misma anualidad por la entidad en la resolución previamente señalada de \$2.339.960, pero inferior, a la determinada por el juzgado de conocimiento, que lo fue de \$2.484.606, por lo que el fallo será modificado en este punto.

De otro lado, como quiera que el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, las diferencias pensionales deberán ser indexadas desde el momento en que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación, como indicó el juzgado.

Así las cosas, Colpensiones deberá cancelar el valor correspondiente a las diferencias entre la mesada que actualmente paga y la reconocida en el presente proceso, la cuales deberán indexarse, por lo que resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo, pues este deberá ser calculado por la entidad al momento de incluir la novedad en la nómina de pensionados, por ello, así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia. Para el efecto, en todo caso, se tendrá como mesada pensional

por cada año las siguientes: para el 2018 la suma de **\$2.437.831**; en el 2019 **\$2.515.254** y para el año 2020 la mesada pensional asciende a **\$2.610.938**.

De conformidad con lo hasta aquí señalado la Sala modificará la decisión analizada en grado jurisdiccional de consulta en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral cuarto del fallo proferido el 10 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante Germán Sarmiento Ferro como primera mesada pensional para el 1º de marzo de 2018, la suma de \$2.437.831, la cual deberá ser reajustada año a año.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral quinto del fallo consultado, en el sentido de indicar que Colpensiones deberá cancelar debidamente actualizado el retroactivo pensional correspondiente a las diferencias pensionales causadas a partir del 1º de marzo de 2018 y hasta que se verifique el pago de la obligación, teniendo como mesada pensional para el año 2018 la suma de \$2.437.831; para el 2019 \$2.515.254 y para el 2020 la mesada pensional asciende a \$2.610.938.

**TERCERO: REVOCAR** el numeral sexto de la sentencia consultada, en el entendido que la indexación quedó prevista en el numeral anterior y debe ser calculada al momento de cumplirse la obligación, como quedó explicado precedentemente.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la decisión analizada en grado jurisdiccional de consulta.

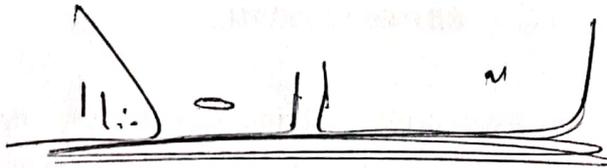
**QUINTO:** Sin COSTAS en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 031 2019 00276 01

**DEMANDANTE:** LUZ PATRICIA MARTÍNEZ GUTIERREZ

**DEMANDADO:** ENCAJES COLOMBIA S.A. y vinculada ALIANZA TEMPORAL S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, el 4 de septiembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato realidad con la demandada Encajes Colombia S.A., desde el 23 de febrero de 2009 al 30 de abril de 2017. Igualmente, que el 12 de enero de 2013, sufrió accidente de trabajo y que para la finalización del contrato se encontraba en estado de debilidad manifiesta y la demandada no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para despedirla.

En consecuencia, se condene a reintegrarla sin solución de continuidad, al mismo puesto que tenía o a uno superior, con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Subsidiariamente, se condene a la demandada a reconocerle y pagarle indemnización por despido injustificado; la sanción moratoria, la

indexación correspondiente, las demás condenas a imponer y las costas del proceso

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 23 de febrero de 2009, Encajes Colombia S.A. a través de la empresa Gestores Laborales, la vinculó mediante contrato de trabajo por obra o labor, para desempeñarse como operaria de corte. Que en adelante suscribió varios contratos consecutivos de la misma naturaleza a través de Gestores Laborales, Temposervicios Ltda. y Alianza Temporales S.A.S, que sirvieron como intermediarias de la verdadera empleadora quien era la propietaria de la planta física y los bienes con los que desempeñó las funciones, además, quien le impartía órdenes e instrucciones y determinaba su horario de trabajo.

Señala que el 12 de enero de 2013 sufrió un accidente de trabajo, cuando al trasladar una pieza de tela, pisó una varilla y se fracturó los dedos del pie derecho, por lo que le fueron prescritas varias incapacidades interrumpidas entre el 13 de enero de 2013 y el 15 de abril de 2016. Refiere que le fue practicada cirugía el 12 de octubre de 2013 y el 2º de mayo de 2014 a causa de artrosis post traumática. Aduce que la ARL SURA, estableció una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 7.3%, con fecha de estructuración 19 de junio de 2015.

Manifiesta que el 30 de abril de 2017, la demandada a sabiendas del estado de su estado de salud, terminó de forma unilateral el contrato de trabajo, sin contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, no obstante, en la liquidación final se indicó que la terminación se daba por renuncia. La obra o labor para la cual fue contratada no quedó claramente especificada (f.º 3 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En su defensa, argumentó que no es cierto que haya existido una relación de trabajo con la demandante, pues lo que realmente se presentó fue la existencia de varios contratos con diferentes temporales, por misión de obra o labor y con solución de continuidad. Propuso las

excepciones de inexistencia de causa y de la obligación a cargo de encajes, falta de legitimación en la causa por pasiva, enriquecimiento sin causa del demandante, pago, compensación, buena fe, prescripción y la genérica (f.º 281 a 295).

Por auto del 6º de junio de 2019, se vinculó a la empresa Alianza Temporales S.A.S. (f.º 313), quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Indicó que no existe un contrato de obra directa con la empresa usuaria, sino una intermediación de servicios en misión por un periodo de seis meses prorrogables por seis meses más (f.º 328 a 346).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4º de septiembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y Encajes Colombia S.A., a partir de 23 de febrero de 2009 al 30 de abril de 2017. Condenó a esta demandada a pagar la indemnización por despido injustificado la suma de \$4.254.168 (f.º 365 y 366).

Como sustento de su decisión, encontró que en aplicación del principio de la primacía de la realidad la demandada Encajes Colombia S.A. fue la verdadera empleadora de la accionante, pues las empresas de servicios temporales excedieron los límites señalados en la ley. Concluyó que como en el contrato no se determinó la obra o labor para la cual fue vinculada la trabajadora, el contrato se tiene a término indefinido. De otra parte, estableció que la demandante no demostró que para la fecha de finalización del vínculo padeciera una limitación si quiera moderada y no le bastaba demostrar apenas un quebrantamiento de salud.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que la empresa de servicios temporales certificó que para el momento del despido, devengaba \$830.000, más horas extras de \$990.000

y solo se tuvo en cuenta el salario mínimo como base para calcular la indemnización por despido injustificado. De otra parte, arguyó que en aplicación del criterio esbozado por la Corte Constitucional debió reconocerse que la demandante es una persona disminuida sustancialmente, sujeto de la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que, entre la demandante y la demandada Encajes Colombia S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 23 de febrero de 2009 y el 30 de abril de 2017, fecha esta última en que la demandada lo dio por terminado sin que mediara justa causa, dado que así lo estableció el *A quo* y las partes no se opusieron a tal conclusión.

##### **Del recurso de apelación de la parte demandante**

Comienza la parte accionante por señalar en síntesis que, para la fecha del despido era beneficiaria de estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, por tanto, debe darse aplicación al criterio que sobre el tema ha fijado por la Corte Constitucional.

Bajo ese entendido, se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Así las cosas, se tiene en primera medida que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece que:

*“En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”*

Es un axioma que el artículo 13 de la Constitución Nacional, reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que a quienes están en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes leyes, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas, resaltándose dentro de ellas, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quien garantiza la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar ciertos trabajadores.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que estaban en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, puntualizó:

*“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”*

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por

estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

*“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”*

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

*4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer*

*necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de "obrar conforme al principio de solidaridad social" (CP arts. 1, 48 y 95).[64]*

*4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas "en circunstancias de debilidad manifiesta" las que tienen derecho constitucional a ser protegidas "especialmente" (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de "estabilidad" (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, "en todas sus formas" (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).*

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial expuesto, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la

jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, **esta presunción se puede desvirtuar**, y por tanto lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.

3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario y se acredita que la parte demandante aportó informe, según el cual, el 13 de enero de 2013 sufrió accidente de trabajo, en el que se indica que cuando iba caminando para atrás arrastrando un rollo de tela, pisó una varilla y sintió un dolor fuerte en el talón (f.º 17); obra historia clínica de la atención del mismo, el cual arrojó como diagnóstico "*fractura de otros huesos metacarpianos*" por lo que fue hospitalizada y sometida a intervención quirúrgica (f.º 18 a 36); historia emitida por la Clínica Nueva donde quedó consignado que le fue retirado material de osteosíntesis consistente en tres tornillos el 12 de octubre de 2013 y que el 02 de mayo de 2014 fue sometida al procedimiento artrodesis de mediopie (f.º 38 a 40). Igualmente, allegó comunicación del 14 de julio de 2015, en la que la ARL SURA le comunica que ha sido calificada con pérdida de capacidad laboral del 7.30%, estructurada el 19 de junio de 2015 (f.º 45 a 52, incluye dictamen). Aportó consentimiento informado que contiene los datos de la demandante al parecer para la realización del retiro de material de osteosíntesis del pie derecho, fechado el 24 de febrero de 2016, el cual no contiene firma de la accionante. Obra incapacidades médicas prescritas entre el 11 de febrero de 2013 y el 15 de abril de 2016 (f.º 74 a 102). Control de citas asignadas y remisiones para terapia física de forma periódica desde marzo de 2013 hasta octubre de 2014 y algunas esporádicas después hasta mayo de 2016 (f.º 104 a 126 y 130 a 135 y 237 a 259).

Analizadas en conjunto las pruebas antes relacionadas, estima la Sala que, para el 30 de abril de 2017, cuando el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa (extremo no controvertido), la accionante tenía disminuido su estado de salud a raíz del accidente de trabajo sufrido el 12 de enero de 2013, en un 7.3%, según determinó la ARL SURA (f.º 45 a 52), quien le canceló la correspondiente indemnización (f.º 53).

No obstante lo anterior, encuentra el Tribunal que el accidente de trabajo se produjo a comienzos del año 2013 y la demandante estuvo incapacitada de manera continua hasta noviembre de la misma anualidad, luego por procedimientos quirúrgicos relacionados con el accidente, nuevamente le fueron prescritas incapacidades médicas para los meses de junio y julio de 2014 y de febrero a mediados de abril de 2016. Así las cosas, es claro que aun con los padecimientos sufridos por la promotora del juicio, Encajes Colombia S.A. no prescindió de sus servicios y continuó contratándola en los siguientes cuatro años y, cuando decidió poner fin al vínculo, la entonces trabajadora llevaba más de un año sin ningún tipo de incapacidad o procedimiento.

De otra parte, estima la Sala que la accionante no probó tener una afectación en su salud que le impidiera o dificultara realizar las funciones para las cuales fue contratada y que por este hecho la demandada decidió poner fin al contrato de trabajo. Es más, conforme a los desprendibles de nómina del mes de diciembre de 2016 (f.º 227 y 228), enero, marzo y abril de 2017 (f.º 230, 233 y 235), la demandante realizó trabajo en horas extras.

En este orden de ideas, no resultaba necesario que el empleador tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo. En consecuencia, habrá de confirmarse el fallo apelado, pues la parte accionante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, al no demostrar ser sujeto de estabilidad laboral reforzada al momento del despido.

### **De la indemnización por despido injustificado**

De otro lado, argumenta la parte demandante que para determinar la indemnización por despido injustificado debió tenerse en cuenta que la empresa de servicios temporales certificó que para el momento del despido devengaba \$830.000, más horas extras de \$990.000 y solo se tuvo en cuenta el salario mínimo.

Sobre el particular, se advierte de conformidad con la liquidación del contrato elaborado por Alianza Temporales S.A.S, que la accionante devengaba como salario la suma de \$830.000 (f.º 69), sin embargo, conforme el contenido del desprendible de nómina correspondiente a la primera quincena del mes de abril de 2017, mes para el cual terminó el contrato de trabajo, la misma devengaba además \$125.365 por concepto de horas extras diurnas, \$96.833 por horas extras nocturnas, \$26.629 por recargo nocturno, \$24.208 por recargo dominical y \$14.525 por recargo nocturno festivo.

En este orden de ideas, el salario con el cual debió calcularse la indemnización por despido injustificado asciende a \$1.117.560. Así las cosas, realizadas las validaciones correspondientes se logró determinar que la respectiva indemnización asciende a \$6.444.596, por lo que el fallo apelado será modificado en este punto y así se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la instancia.

### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo del fallo proferido el 4° de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar a Luz Patricia Martínez Gutiérrez por concepto de indemnización por despido injusto, la suma de \$6.444.596.

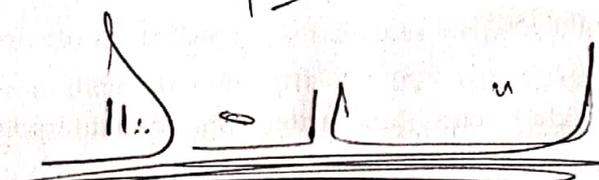
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo apelado

**TERCERO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada