

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 09 2017 151 01
ASUNTO: CONSULTA
DEMANDANTE: MYRIAM INES VACA MEDINA
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer el fallo proferido el 11 de abril de 2019, por la Juez Novena Laboral del Circuito, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM INES VACA, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la demandada al pago de la pensión de vejez a partir del día 24 de julio de 2013, fecha en la cual cumplió los 55 años de edad y ya contaba con más de 1.532.81 semanas de cotización, junto con los intereses moratorios

establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. (fl.- 11 - 12)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que solicitó la pensión de vejez el día 24 de julio de 2013.
- Que la demandada negó la anterior petición mediante resolución No. GNR 191764 del 25 de julio de 2013, aduciendo que solo contaba con 1082 semanas de cotización.
- Que dicha resolución no tuvo en cuenta que había solicitado corrección a su historia laboral desde el 14 de octubre de 2011.
- Que nuevamente se solicitó la corrección de la historia laboral el día 31 de octubre de 2013 y como no se pronunció la demandada, se elevó nueva solicitud el 6 de junio de 2014.
- Que la demandada finalmente reconoce la pensión de vejez, mediante resolución No. GNR 311666 del 05 de septiembre de 2014, en el que se indica que la actora contaba con 1584 semanas válidamente cotizadas y en consecuencia reconoce la pensión a partir del 1 de septiembre de 2014 en cuantía de \$616.000,00.
- Que por negligencia imputable a la demandada y al no corregir la historia laboral solicitada en 3 oportunidades, se vio obligada a continuar cotizando. (fl.- 12)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptando los hechos contenidos en numerales 1, 2 y 6, para los demás señaló que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación. (fl.- 48 - 51).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2017 151 01 Dte: MYRIAM INES VACA MEDINA
Ddo.: COLPENSIONES**

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandada. (fl.- 66).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“Presentados los alegatos de conclusión el despacho procede a proferir la siguiente sentencia. La señora Miriam Inés Vaca Medina a través de apoderada judicial Instaura demanda ordinaria laboral de primera instancia con el fin de que le sean reconocidas las siguientes pretensiones, que se declare que la demandante de las condiciones civiles ya indicadas tiene derecho a que se le reconozca el valor del retroactivo pensional de la pensión de vejez a partir del 24 de Julio de 2013 fecha en la cual la demandante cumplió 55 años de edad y tenía 1,532.81 semanas válidamente cotizadas para pensión, que se declare que por lo anterior la resolución BPD 66819 del 16 de Octubre de 2015 que agoto la vía gubernativa por errores en su historia laboral imputables a Colpensiones, no es acorde con lo que a justicia se le debe reconocer en cuanto al valor de retroactivo pensional, que se declaren como consecuencia las anteriores declaraciones, que Colpensiones debe pagar a la demandante el valor del retroactivo pensional a partir del 24 de Julio de 2013 fecha en la cual ya tenía derecho a su pensión hasta el 01 de Septiembre de 2014 fecha en la cual se le reconoció la misma. Que de acuerdo con lo anterior se condene a Colpensiones a pagar a la demandante el valor retroactivo pensional pendiente desde el 24 julio de 2013 fecha en que la señora demandante ya tenía derecho a la pensión hasta el 30 de agosto de 2014, lo que representa 15 mesadas que arroja un total de 9.240.000 pesos. Que se condene a pagar intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado ultra extra petita cosas de agencias en derecho, estas pretensiones fueron sustentadas en los hechos vistos a folio 23 que corresponden a 6 hechos que por economía procesal no se va a hacer alusión a ellos en esta decisión la presente demanda fue admitida mediante providencia de fecha 17 de mayo de 2017. Cómo se observa a folio 27 donde se dispuso notificar a la entidad demandada así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Surtido los trámites de notificación como se observa en el expediente Colpensiones procedió a dar contestación a folios 31 y siguientes, manifestando que se oponía a todas y cada una de las pretensiones encubadas por la parte demandante tanto declarativas como de condena y propusieron como excepciones las que denominaron inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación innominada o genérica.”

Hecho así un recuento de los antecedentes se proceden a proferir las siguientes consideraciones, la reclamación administrativa contenida en el artículo Sexto del Código Procesal laboral se encuentra cumplida con la documental que fuera a llegar al expediente al folio 5 a 7 y 18 a 21 la calidad de pensionada encuentra aceptado desde la contestación de la demanda y así se comprueba con la documental aportada en el expediente administrativo ha llegado en un civil a folio 31 por la parte pasiva, en dónde se tiene que la demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución GNR 311666 el 5 septiembre de 2014, pensión de vejez a partir del 13 de septiembre 2014 cuantía inicial 616.000 pesos evidenciados los anteriores supuestos procede el despacho a resolver sobre las pretensiones pago de mesadas, solicita la parte actora el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 24 de Julio 2013 y en consecuencia que se ordene a la entidad demandada al pago el retroactivo pensional e intereses moratorios, manifiesta para lo anterior que se había solicitado la corrección de la historia laboral desde el 14 de octubre de 2011 siendo negada la prestación aduciendo que la afiliada no lograba acreditar los requisitos de semanas cotizadas y que por tal motivo se continuó cotizando, por su parte la demandada señala que conforme la historia laboral al ser beneficiaria del régimen de transición se le tuvo en cuenta la última cotización siendo los últimos aportes los de Septiembre de 2014 Por lo que la efectividad derecho pensional fue el del último aporte y desafiliación para resolverlo discutido se encuentra portado copia del expediente administrativo de la demandante el cual obra a folio 31 del expediente donde no ofrece ninguna discusión para el juzgado el hecho cierto de que la actora nació el 24 de Julio de 1958 y que por lo tanto los 55 años de edad los cumple el 24 de julio del año 2013. tampoco se discute sobre el régimen de transición que le fue aplicado a la demandante al momento de reconocerle la pensión la entidad demandada, siendo el punto de hacerse efectiva la prestación de vejez como lo indica la parte demandante de la acusación o cuando se acredite la desafiliación a la accionada, el artículo 13 del decreto 758 de 1990 aprobatorio del acuerdo 049 del mismo año regente para el caso de la demandante dispone los siguientes “ Causación y disfrute de la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reunión los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a disfrutar de la misma” Indudablemente que la norma condicionó el disfrute de la pensión de vejez, a la desafiliación del régimen, revisado el expediente administrativo se encuentra que al momento de proferirse la resolución GNR 311666 del 5 de septiembre de 2014 la reclamante aún figuraba activa en el sistema de seguridad social encontrándose que la novedad de retiro solamente se hizo

hasta el mes de octubre 2014 cómo se observa a folio 45, sin que para el caso se pueda tener en cuenta que previamente y durante el estudio de la solicitud de la pensión se estuviera haciendo solicitud de corrección de Historia Laboral aspectos que se acreditan con la documental obrante a folios, 3 y 4 del expediente y el expediente administrativo allegado a folio 32, ya que si bien la negativa en un principio se dio por falta de la totalidad de semanas una vez corregida fueron tenidas en cuenta para la aplicación del régimen de transición y las cotizas posterior a la fecha de cumplimiento de requisito y la edad de la demandante que sirvieron para incrementar el porcentaje para la liquidación de la pensión, sin que ahora se pueda presumir la negligencia de la accionada expresada por la parte actora cuando se evidencie que la entidad si efectuó la corrección de la historia laboral. Procediendo a aplicarle el régimen de transición y no le fueron desconocidas las semanas cotizadas posteriores a la fecha del cumplimiento y la edad máxima, cuando tampoco le asiste derecho a la actora para acceder a la pensión a partir de la fecha solicitada pues no estaba desafiada al régimen de pensiones aspecto que ha sido respaldado en amplia jurisprudencia por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral Sala de Casación Laboral entre otros el radicado 38776 del 01 de febrero de 2011 Magistrado ponente Dr. Gustavo José Jericó Mendoza en donde señaló lo siguiente se abre comillas por lo demás esta Sala de la Corte de la ha expresado que tanto la causación cómo es disfrute la pensión de vejez, son dos figuras jurídicas que no se confunden porque tienen identidad y efectos propios, en el primer caso la causación se estructura cuando se reúne los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella y segundo que supone el cumplimiento el primero se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social previa desafiliación del régimen, por lo cual es la que no incurrió en hierro jurídico que increpa por el sensor” Por todo lo anterior se dispone absolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incubadas por la parte actora, se declara probada las excepciones de inexistencia de causa para demandar y el despacho se declara relevado los demás medios exceptivos propuestos por la entidad. Costas serán cargo de la parte actora tásense las agencias conforme al acuerdo PSAA 1610554 en la suma de 100.00 pesos. En mérito de lo expuesto el juzgado Noveno laboral del circuito de Bogotá administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley resuelve...”

CONSIDERACIONES

Existencia del derecho al reconocimiento de retroactivo pensional

Procede la Sala a agotar grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, respecto de los puntos que le fueron desfavorables en la sentencia, esto es, en determinar si le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional que reclama.

A este respecto, se tiene que el acto administrativo de reconocimiento pensional de vejez, esto es, la resolución No. GNR 311666 del 5 de septiembre de 2014, determinó que la fecha de reconocimiento pensional de la actora, correspondía al 1 de septiembre de 2014, señalando que la última cotización efectuada por la actora, lo fue para el 31 de julio de 2014. (fl.- 7).

Ahora en cuanto a la fecha a partir de la cual se debe ordenar el reconocimiento pensional, se tiene que como en efecto lo indicó la Juez de instancia, ha sido criterio reiterado por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el reconocimiento del derecho pensional, opera a partir de que el trabajador, acredite su retiro del sistema pensional, así lo señaló en sentencia radicado 41754 del 20 de junio de 2012:

“Sobre la diferencia conceptual entre los fenómenos antes mencionados, esta Sala de la Corte ha enseñado entre otras, en sentencia de 24 de marzo de 2000, radicación 13425 que:

*“Tal como lo resalta el impugnante, **no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.** (negrilla fuera del texto original).*

Conforme lo anterior, en primer lugar es necesario resaltar que de historia laboral allegada por la demandada, visible a folio 39 del plenario, se observa que la última cotización reportada data del **31 de octubre de 2014** y no **del 31 de julio de 2014**, como se indicó en la resolución GNR 311666 del 5 de septiembre de 2014, mediante la cual se le reconoció el derecho pensional a la actora, por lo que se encuentra que la demandada ordenó el pago de la pensión del actor 1 mes antes de la última cotización.

Ahora respecto del argumento esgrimido por la parte demandante, se encuentra que si bien, la parte actora afirma que las cotizaciones que exceden a las mínimas que exige la norma para el reconocimiento de la prestación pretendida, las realizó por cuanto la demandada la indujo en error, lo cierto es que dichas cotizaciones, **ingresaron al sistema pensional** y se tuvieron en cuenta para liquidar el derecho pensional de la actora, razón por la cual, la demandante no se puede entender como desafiliada del sistema con anterioridad a su última cotización, por ende, el derecho pensional debe ser reconocido a partir del día siguiente de la última cotización efectuada, la cual en el presente caso sería a partir del 1 de noviembre de 2014 ya que la última cotización data del 31 de octubre de 2014, no obstante la demandada en acto administrativo GNR 311666 del 5 de septiembre de 2014 (fl. 5 - 8), la concedió a partir de 1 de septiembre de 2014, pero como quiera que el presente proceso se estudia dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la actora, no es posible hacerle más gravosa su situación y en consecuencia se habrá de confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

ORDINARIO No. 08-2015-570-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SANTIAGO CAMACHO PARRA

**DEMANDADO: FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA “FUNDASALUD”
Y SOLIDARIAMENTE EN CONTRA DE CLAUDIA PATRICIA PERDOMO
LEAL, JORGE MAURICIO TAMAYO RUIZ, FABIAN ERNESTO CARRILLO
CARRILLO, TANYA SUAREZ VASQUEZ, SORAYA FARISA ISAZA OSPINA**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandada Fundasalud, la que solicita se confirme la decisión de primer grado.

El señor **SANTIAGO CAMACHO PARRA** interpuso demanda a través de apoderado en contra de **FUNDACION PARA LA SALUD Y LA VIDA “FUNDASALUD” Y SOLIDARIAMENTE EN CONTRA DE CLAUDIA PATRICIA PERDOMO LEAL, JORGE MAURICIO TAMAYO RUIZ, FABIAN ERNESTO CARRILLO CARRILLO, TANYA SUAREZ VASQUEZ, SORAYA FARISA ISAZA OSPINA**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo de un año y otras relativas al incumplimiento del mismo solicitando en consecuencia el pago de lo que denominó acreencias laborales, discriminadas luego como horas extras, cesantías, intereses a las cesantías, subsidio

de transporte, vacaciones, prima de servicios, dotación, aportes de seguridad social y caja de compensación, intereses moratorios, indexación extra y ultra petita. (fls 2 al 11)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y en síntesis, manifiesta la parte actora que prestó servicios para la demandada inicialmente por un año, desde el 6 de agosto de 2013, hasta el 3 de octubre del mismo año, que el contrato fue terminado en forma unilateral y sin justa causa, que la labor fue en el domicilio de la demandada y en atención al usuario, que no fue afiliado al sistema de seguridad social, que el despido fue verbal y que le adeudan lo que reclama en esta demanda. (fls 2 al 11).

La demandada **FUNDASALUD IPS**, contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda asegurando que el demandante nunca celebró contrato con esa entidad. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, solo se aceptó haber sido citados a la inspección del trabajo y el no haber hecho afiliación aclarando que no se hizo porque el demandante no fue su trabajador. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia del demandado, ineptitud de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva. (fls 47 al 54).

Los demandados como persona natural, excepto CLAUDIA PATRICIA PERDOMO LEAL, -a quien se le dio por no contestada la demanda-; fueron representados por curador ad litem, quien contestó la demanda manifestando atenerse a lo probado, sin que le conste nada de lo afirmado. (fls 116 y 117)

Tramitada la primera instancia, la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por la que resolvió **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. No condenó en costas. (fls 125 y SS).

Para llegar a esa conclusión y en síntesis la Juez señaló: *“..Dentro del problema jurídico planteado, está en controversia si entre las partes existió o no un contrato trabajo. ...El artículo 22 del código sustantivo del trabajo establece precisamente qué es un contrato de trabajo y es aquel por medio el cual una persona natural o jurídica presta sus servicios a otra persona natural o jurídica bajo la continuada subordinación y dependencia de esta última, recibiendo como contraprestación una remuneración. Seguidamente el artículo 23 refiere cuales son los elementos de un contrato de trabajo, el primero de ello la prestación personal del servicio, el segundo elemento es la subordinación, que es la característica esencial en la cual difiere de otro tipo de contrato y el tercero la remuneración a título de salario. Probada la prestación del servicio, por su parte el art 24 establece que en el caso que se establece la prestación se aplica una presunción en favor del trabajador lo que significa que cuando el trabajador o el demandante cumple con esa carga probatoria de acreditar*

que prestó los servicios en favor de quien pretende la declaratoria de un contrato de trabajo entonces se aplica la presunción de que esa relación o que esa prestación personal estuvo regida por un contrato de trabajo; por lo que entonces en los términos del art 167 del CGP a la parte actora le corresponde probar la prestación personal del servicio. Tenemos que las pruebas que se acompañaron en este asunto se suscribieron a las pruebas documentales porque hoy era la oportunidad procesal para escuchar los testimonios que se habían solicitado por parte del señor Santiago Camacho y solamente se contaría con la citación a audiencia de conciliación. Sin embargo, no compareció a esa audiencia. Un derecho de petición que se radica el 19 de mayo del 2015, una solicitud de documentos y adicionalmente un oficio emitido por Fundasalud el 30 agosto 2013 en la cual refiere que solicitará a la entidad bancaria Bancolombia la apertura de una cuenta en razón a que el Señor Santiago Camacho Parra ingresó a trabajar con la sociedad a partir de primero o con la fundación a partir del primero de septiembre del año 2013 y firma el coordinador la coordinadora de gestión humana de Fundasalud. La parte actora pretende que con este medio de pruebas acredite la prestación personal del servicio, entendido de sus alegatos conclusivos a los cuales el despacho considera que la prestación personal del servicio no quedaría acreditada con esta simple documental, pues si bien no fue tachada de falsa por la demandada en su momento, recordemos que la parte actora está indicando conforme está en el escrito introductorio, **que la prestación personal del servicio que refiere fue por los extremos del 6 de agosto al 3 de octubre del 2013.** Incluso si se acogieran los argumentos del profesional derecho que representa al promotor de la acción, está resultaría incongruente con lo que se invoca en la demanda, **porque aquí señala claramente que el Señor Santiago Camacho ingresa a trabajar con la fundación a partir primero de septiembre del 2013,** primero de septiembre, **entonces estaría en contradicción con el extremo que se invoca que sería el 6 de agosto del 2013** y este documento no significa que porque lo haya metido la sociedad y vaya dirigido a Bancolombia, - es más ni si quiera fue radicado no tiene recibido- que en efecto el demandante haya prestado sus servicios o se haya dado; este simplemente, era una diligencia previa se podía pensar a una posible vinculación pero que se haya culminado con éxito que se haya materializado la vinculación, el despacho no tiene ningún grado de certeza. Además, resulta contradictorio con las afirmaciones de la parte actora. Entonces en esos términos, la parte actora debió haber acreditado conforme la carga probatoria y con la libertad de los medios de prueba que tiene el código general del proceso, haber acreditado que prestó los servicios, con la documental, con la testimonial y demás, que en efecto lo fue en las condiciones que depreca en su demanda. Incluso través de la modalidad que invoca que fue una modalidad contractual a término fijo y por los extremos que se invoca que son el 6 de agosto al 03 de octubre del 2013 carga probatoria que nuestra H. Corte en numerosas oportunidades ha señalado que le corresponde conforme al art 167 del CGP acreditar. Señala así la Juez que con sentencia del magistrado Luis Javier Osorio López desde el año 2009 se indica que al

promotor de proceso le corresponde acreditar todos los hechos relevantes, relacionados con la clase de derecho que se está controvirtiendo, como lo sería entonces la prestación personal, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada, el trabajo suplementario y el hecho del despido cuando se está solicitando la indemnización del artículo 64 del código sustantivo del trabajo. **Entonces en esos términos al revisar el expediente sólo se cuenta con esta documental**, el acta de no comparecencia al ministerio, y no significa que por ello porque se haya llamado, se dé por sentado que haya existido una relación de carácter laboral y segundo el oficio que se emite al Banco pues ya como se mencionó anteriormente el despacho no le da por sí sola, la validez para dar por probada la prestación de servicios, sino que debió haberse acompañado con otras pruebas, que en efecto se encuentre acreditado que el señor Camacho Parra prestó los servicios para Fundasalud, ejerciendo las actividades para las cuales se había comprometido, cumpliendo el horario, identificando las funciones para la actividad que fue contratado, incluso acreditando la modalidad y el hecho del despido para posteriormente proceder al estudio de las indemnizaciones. Pero asumió una actitud totalmente pasiva, tan es así, que el día de hoy no concurre siquiera a la audiencia para haberse practicado una prueba de oficio por parte del despacho de un interrogatorio de parte y haber acompañado a sus testigos que lo había petitionado en su demanda y que se acogió en el decreto de pruebas. Entonces de tal suerte que en esos términos pues dicha inactividad generó esta decisión de manera absoluta porque no cumplió con la carga de la prueba y por lo tanto mucho menos aún poder aplicar la presunción de qué trata el artículo 24 del código sustantivo del trabajo por lo que se absolverá a las demandadas de todas y cada uno de los pedimentos que se plantearon en la demanda y el despacho igualmente declara probada la excepción de cobro de lo no debido de oficio decretara la excepción de no acreditación de la prestación personal del servicio. No habrá lugar a condena en costas y teniendo en cuenta que las sentencia es adversa al demandante se ordenara el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea recurrida”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación señalando: “...Su señoría dice que no hay relación de contrato laboral porque la única prueba que se aportó se estima que no se puede tener en cuenta y es la solicitud de la apertura de cuenta de mi representado en Bancolombia por parte de Fundasalud. Si bien es cierto que cuando se inicia una relación laboral no en el mismo instante que uno ingresa a laborar le dan las apertura de cuentas o les dan el carnet de ingreso al edificio, de esas cosas siempre toma un tiempo que le den a uno esos escritos, esa autorización si bien fue el primero de septiembre, y mi representado entró el 6 de agosto, fue en esa fecha que le entregaron la carta para le abrieran la apertura de cuenta en Bancolombia, esta prueba no fue tachada de falsa tal como manifiesta su señoría en su sentencia. También es cierto que se debe tener en cuenta como un indicio grave de certeza como una vinculación que debió

tener mi representado, con respecto a la contestación de la demanda, tampoco desvirtuaron esta prueba por lo demás, de ser necesario en el tribunal ampliare esta prueba un extracto del Banco de Bancolombia en donde se le está cancelando desde la fecha en que le estoy manifestando al despacho desde el 9 hasta el 27 de octubre de esta manera dejo presentado el recurso”.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS, la Sala se pronuncia sobre los puntos de apelación, esto es, básicamente e interpretando lo afirmado por el recurrente: i) la indebida valoración de la certificación dirigida a Bancolombia con la que, según lo expuesto, se acredita la prestación de servicio y ii) el indicio que debió tenerse por la contestación de la demanda.

Antes de resolver la Sala precisa que no es posible en esta instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del C P del T y de la S S, **“ampliar”** pruebas, como señaló el recurrente, siendo claro que en la demanda solo solicitó como documental, la carta que anexó en donde se solicita apertura de cuenta, nunca otra relacionada con extractos. Se le recuerda al apelante entonces que, de acuerdo con la norma mencionada, las partes no podrán solicitar al Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia y menos aún ampliar una, pues esto no es ni más ni menos que solicitar una nueva.

i) De la valoración de la prueba

Efectivamente a folio 19 del expediente, aparece una comunicación firmada al parecer por la coordinadora de Gestión Humana de FUNDASALUD, de fecha agosto 30 de 2013, en cuya referencia se lee: “APERTURA DE CUENTA REF: CODIGO DE NOMINA 1P8, y se presenta al demandante, señalando, además, que ingresa a partir del 1 de septiembre de ese año.

El papel contentivo de la comunicación, tiene membrete de la demandada, el NIT y en la parte inferior algunas de las sucursales de la misma.

No obstante, tal y como señaló la Juez lejos está esta comunicación de acreditar la real y efectiva prestación de servicios del actor a la demandada, pues bien pudo ser la intención contratar, y por ello también existir la intención de aperturar cuentas de nómina; pero por cualquier circunstancia no iniciar y desarrollar el contrato.

De manera que esta documental no tiene la fuerza probatoria necesaria para probar el primer elemento del contrato de trabajo previsto el artículo 23 del CST, ni aún tampoco para probar que se abrió una cuenta de nómina, pues como se dijo en

primera instancia, tampoco hay constancia de haber sido recibida en la entidad bancaria.

Ahora, si en gracia de discusión aceptáramos que esta documental si tenía la fuerza de probar la prestación de servicios, dando paso a la presunción del art 24 del CST, tampoco se podía con ella establecer los extremos en que dice el actor laboró, esto es desde el 6 de agosto de 2013 al 3 de octubre del mismo año, carga que sin duda era de la parte actora.

Lo cierto es -y vale la pena recordarlo, - que de conformidad con el artículo 23 del C.S.T.: para que el contrato de trabajo exista en el terreno de los hechos, en la realidad, principio que rige un contrato de esta naturaleza deben existir por lo menos tres elementos, que se consideran esenciales: *a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio;* siendo el primero de ellos la prestación del servicio fundamental incluso para que opere la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T que señala: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Ahora también debe insistir la Sala en que la presunción no equivale a la exoneración de la actividad probatoria que le compete al actor en virtud del artículo 167 del CGP sobre todo en cuanto a la prestación personal del servicio, en las condiciones propias de una relación laboral, para que se de paso a la presunción legal reseñada.

No sobra recordar tampoco que este artículo 167 del CGP, mencionado establece que: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Por lo tanto, considera la Sala que la circunstancia descrita no se presentó, pues evidentemente, esta comunicación visible a folio 19, no implica, se itera, que efectivamente se haya prestado el servicio y la actividad probatoria de la parte demandante fue casi inexistente, limitándose la misma a aportar esta documental que como bien señaló el Juez no podía acreditar los hechos, ni en cuanto al contrato ni en cuanto al lapso de tiempo en que se desarrolló contraviniendo con su conducta omisiva el principio *Onus Probandi Incumbit Actori*.

También conviene anotar que el procedimiento laboral no está guiado totalmente por el principio inquisitivo que implique que el demandante presente la demanda y espere

que el juez busque las pruebas relevantes, pues es una carga procesal mínima que incumbe a las partes y en el presente caso como mínimo debió el demandante demostrar, **no solo la prestación del servicio sino los extremos del contrato**. Es claro y se insiste que en este caso la parte actora evidentemente se limitó a presentar la demanda, a realizar una serie de afirmaciones carentes de respaldo pues lo aportado – únicamente la documental que aparece a folios 16 al 19-se insiste no da fe del contrato que dice haber existido.

ii) De la contestación de la demanda

En verdad este argumento que se presenta de manera poco clara, no tiene sustento alguno, ya que a folio 118 aparece la providencia por medio de la cual la Juez dio por contestada la demanda por parte de FUNSDALUD IPS, encontrando que cumplió con todos los requisitos previstos en el artículo 31 del CP del T y de la S S; luego no entiende la Sala, a que indicio se refiere el recurrente, lo que se corrobora remitiéndose al texto de dicha replica, en donde la demandada en forma clara insistió en negar la existencia del contrato.

De otra parte y si quizás se refería a la falta de contestación por parte de CLAUDIA PATRICIA PERDOMO LEAL, quien fue demandada como persona natural y a quien se le notificó la demanda por conducta concluyente, (ver fl 118), ni aun teniendo esta falta de contestación, como indicio grave en su contra; se podría acreditar con ello la prestación de servicios.

Es entonces por esta falta de pruebas, que se impone confirmar la sentencia apelada en cuanto absolvió a la demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, **pues si bien es cierto la ley otorga ciertas ventajas probatorias al trabajador amparándola con ciertas presunciones, también lo es que no lo exime de su deber de probar los hechos en que las apoya y sin estas pruebas no puede tan siquiera operar la presunción del art 24 del CST a la que ya se refirió la Sala**, reiterando que con la documental aportada no es posible ni siquiera inferir la prestación de servicios a favor de la aquí demandada, y que de hacerlo tampoco hay prueba de los extremos en que se habría desarrollado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR LA SENTENCIA APELADA.

SEGUNDO.- Sin COSTAS en esta instancia.

Las partes serán notificadas por **EDICTO**, en virtud de lo establecido en los artículos **40 y 41 del C P del T y la S S.**



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 06-2018-404-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CAMILO ANTONIO VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., revisa la Corporación el fallo proferido el 12 de noviembre de 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante, quien solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado y las de la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., a las que se hará alusión en las consideraciones de esta providencia.

ANTECEDENTES

El señor CAMILO ANTONIO VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y él, existió un contrato de trabajo, que dicha sociedad no realizó aportes pensionales a su nombre entre el 2 de mayo de 1989 al 10 de marzo de 1991, que se condene a Colpensiones a reliquidar

su pensión de vejez teniendo en cuenta el interregno temporal en mención que no fue cotizado, cancelándole las diferencias pensionales generadas como consecuencia de tal reliquidación y a realizar el cálculo actuarial por las cotizaciones no realizadas por su empleador; se ordene a Palmas Oleaginosas a pagar a órdenes de Colpensiones el valor del cálculo realizado por esta última. (fl. 5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 10 de febrero de 1956, que entre él y Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., existió un contrato de trabajo que inició el 2 de mayo de 1989, en virtud del cual, desempeñó el cargo de Director del Departamento de Investigación y Desarrollo Agronómico, devengando para el año de 1989, un salario de \$200.000, para 1990, \$280.000 y para 1991, \$380.000, que la sociedad en mención, lo afilió al sistema pensional el 10 de marzo de 1991 y el contrato de trabajo, terminó el 22 de febrero de 2002, que solicitó reconocimiento pensional ante Colpensiones el 12 de febrero de 2018 y mediante resolución SUB 59815, le fue reconocido por haber acreditado 1318 semanas de cotización, en cuantía inicial de \$3.710.729, que en dicha liquidación de su prestación pensional, no se tuvo en cuenta el tiempo laborado por él para Palmas Oleaginosas entre el 2 de mayo de 1989 al 10 de marzo de 1991. (fl.4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., contestó oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1 a 3 y 7, negó el No. 4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe y prescripción. (fl. 42)

Por su parte, la demandada Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 6, 8 a 12 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción. (fl. 104).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió CONDENAR a la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., a transferir a Colpensiones el valor actualizado del cálculo actuarial de la totalidad de los aportes para pensión de conformidad con la liquidación que efectuara esta entidad de seguridad social, por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 1989 hasta el 10 marzo de 1991, teniendo como salarios percibidos por el actor para los años 1989: \$200.000, año 1990: \$280.000 y año 1991 \$380.000, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la persona jurídica demandada. (fl.135)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto, interesa mencionar que en el juicio se probó que el demandante se vinculó con la sociedad demandada desde el día 2 de mayo 1989 hasta el día 22 de febrero del 2002, folios 19, 20, 47 y 48 que de acuerdo con la resolución SUB 59815 del 1 de marzo del 2008, emitida por Colpensiones folios 11 al 17 se acreditó que la empresa demandada afilió al accionante al sistema de seguridad social en pensión el día 11 de marzo de 1991, que de acuerdo con la documental que corre a folio 49 se probó que ISS empezó a funcionar en el municipio de Puerto Wilches – Santander, sitio de trabajo del accionante folio 47, el día 1 de diciembre de 1992, siguiendo las anteriores premisas se advierte que la corte constitucional mediante auto a 068 del 2014 en un caso de decisión de trabajadores de las empresas de petróleo en resumen explicó que al tema relacionado con las empresas de petróleo que desde la ley 90 de 1946 artículo 72, impuso la obligación de hacer los aprovisionamientos del capital necesario para realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social mientras entraba en vigencia este, así se argumentó que aunque el llamado de afiliación a las empresas de petróleo y a sus trabajadores se hizo con posterioridad, mediante resolución 4250 de 1993, esto no significa que la obligación allá quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prolongó en el tiempo es que las cotizaciones se transfieran al ISS hoy Colpensiones, sin interesar si la vinculación laboral del trabajador de la empresa de petróleo se encontraba vigente o no a 1993, fecha a partir de la cual surgió la obligación de afiliar a los trabajadores de las empresas de petróleo al régimen de invalidez, vejez y muerte del ISS hoy Colpensiones.

Interesa mencionar que igual razonamiento e integración normativa no contiene la aclaración de voto de la sentencia de la Sala de Casación Laboral 3684 del día 22 de febrero del 2011, bajo el entendimiento de que el trabajador haya prestado sus servicios por un determinado tiempo, debe reflejarse para efectos pensionales en la parte del capital que se requiere para la construcción del derecho, sin distinguir en virtud al derecho a la igualdad laboral entre trabajadores de un sector específico de la producción, respecto a la generación de la pensión, menos cuando la afiliación obligatoria al sistema de seguridad social vigente pende no de la propia voluntad del trabajador sino de las administradoras de los riesgos o aun del empleador, por efecto sus variandi o cobertura operativa de los servicios de aquella.

A este propósito se advierte por otra parte que mediante sentencia 41745 del 2014, la Corte Suprema de Justicia modifico la doctrina que venía aplicando hasta ese momento en el sentido del que si el trabajador había laborado para un empleador en un municipio o región del país en el cual el ISS no había iniciado aun la cobertura del riesgo de vejez, dicho empleador estaba excluido de responsabilidad frente al ISS por concepto aportes para pensión pues la obligación solo había resurgido en el momento en que el ISS asumió dicho riesgo, a partir de la sentencia 41745 del 2014, la Corte Suprema de Justicia

modifico su doctrina estableciendo que el empleador debe responder al seguro social por el pago de los periodos en los cuales la prestación estuvo a su cargo, pues solo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, posición que vino a rectificar recientemente la sentencia 59027 del 2015, al decidir un caso de un trabajador al servicio de la federación nacional de cafeteros, durante el periodo comprendido entre el día 22 de enero de 1973 y el día 26 de junio de 1992 con registro de retiro en la fecha en mención; no obstante que el empleador solo afilio a su trabajador cuando lo traslado a Medellín por cuanto en las épocas anteriores en que el trabajador estuvo laborando en municipios en los cuales el ISS no había iniciado sus actividades aseguradoras y al efecto preciso de la jurisprudencia citada que el empleador debe responder ante Colpensiones por el valor de los aportes que en su momento no pudo pagar al ISS debido a la falta de cobertura del régimen de pensiones en el lugar en el cual se presto el servicio, en tal virtud siguiendo los anteriores lineamientos legales y la jurisprudencia anunciada se ha de condenar a Palmas Oleaginosas Bucarella SAS a transferir a Colpensiones el valor actualizado calculo actuarial de la totalidad de los aportes para pensión en el entendido de que por imperativo legal el empleador responde por la totalidad de los aportes, aún en el evento de la figura del aprovisionamiento de que trata la ley 90 de 1946 artículo 72, que de conformidad con la liquidación efectué la entidad de seguridad social antes citada correspondiente al periodo comprendido entre el día 2 de mayo de 1989 hasta el día 10 de marzo de 1991 con sujeción a los salarios que percibió el accionante durante el periodo en mención, determinados a folios 19 año 1989 \$200.000, año 1990 \$280.000 y año 1991 \$380.000, no procede un reajuste a la pensión de vejez que reconoció Colpensiones a favor del accionante por cuanto únicamente con el pago efectivo del cálculo actuarial que efectué Palmas Oleaginosas Bucarella SAS objeto de la condena proceden reajustes solicitado en la demanda. La excepción de prescripción propuesta por la parte demandada se declara no probada, advirtiendo que el capital para la construcción de la pensión no prescribe.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Palmas Oleaginosas** señaló:

Contrario a lo indicado por él a quo, la sociedad demandada no está obligada a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial pues en su momento, desde el inicio del contrato y únicamente hasta diciembre de 1992 no estuvo obligada a afiliar forzosamente al trabajador para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a través del ISS hoy Colpensiones, para ese momento dicha entidad no tenía cobertura y solamente empezó a tenerla en el municipio de puerto Wilches a partir de Diciembre de 1992 y efectivamente en cumplimiento a esa obligación legal en cabeza de la hoy demandada, lo hizo y lo mantuvo vigente tal y como se manifestó en la contestación de la demanda y se encuentra acreditado con doctrina probable, es decir más de tres sentencias que indican que no había obligación de afiliar a los trabajadores cuando no había cobertura por parte del ISS en el municipio en cual se prestaba el servicio más aun cuando esta subrogó dicha obligación del entonces empleador al afiliar al trabajador al ISS hoy Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Conforme el recurso de apelación interpuesto y el artículo 66 A del CPTSS, se resolverá la procedencia de la condena de cálculo actuarial a cargo de la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S.

Al respecto, sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral entre el demandante y la sociedad Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., que tuviera lugar entre el 2 de mayo de 1989 al 22 de febrero de 2002, extremos temporales, que obran en certificación expedida por la

sociedad demandada visible a folio 20 del plenario; a su vez, tampoco ofreció reparo que entre el 1 de mayo de 1989 al 10 de marzo de 1991, dicha sociedad, no efectuó pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del actor, para lo cual adujo que en el lugar en que el actor prestaba sus servicios, Puerto Wilches, Santander, no había cobertura del ISS, para la data en que inició la relación laboral, no estando llamada a afiliar a sus trabajadores a este Instituto; frente a lo cual, procede señalar a esta parte que tal cuestión ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento radicado 56537 del 18 de julio de 2018, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa creación del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y por ello el empleador debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar:

“Para dirimir la controversia, importa recordar que según la postura actual de la Sala de Casación Laboral, aun cuando no se trate de ausencia de afiliación por omisión, sino por falta de llamado a inscripción, el empleador tiene a su cargo el cálculo actuarial derivado del tiempo de servicios prestado sin cobertura del Instituto de Seguros Sociales. Así se precisó en la sentencia CSJ SL17300-2014, en los siguientes términos:

Sin embargo, a juicio de esta Corte el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no traduce, como lo afirma la empresa, en la total ausencia de responsabilidades ni obligaciones por los períodos efectivamente trabajados por el empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la exégesis del 1613 del Código Civil, porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia

directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

Aunque las reflexiones transcritas se expresaron a la luz del literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993 - reiterado en el c) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003- y bajo el supuesto de que la relación laboral se hallaba en ejecución cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social, no puede perderse de vista el carácter general y comprensivo de las reglas sentadas en esa oportunidad, que ahora sirven de apoyo para afirmar que en el caso bajo estudio, es irrelevante si los contratos de trabajo acreditados en el expediente subsistían o no al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues aún antes de esta, los empleadores tenían sobre sus hombros las cargas pensionales derivadas de los servicios prestados por sus trabajadores, como también lo entendió la Corte en sentencia CSJ SL2138-2016, así:

(...) ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Lo expuesto, permite concluir que la razón no está del lado de la compañía recurrente, en tanto sus argumentos colisionan contra el principio de la protección integral de la seguridad social a favor del trabajador, sobre el cual también se ha pronunciado la Sala en el contexto del llamado postrero a afiliación del sector petrolero, como puede leerse en la Sentencia CSJ SL3892-2016:

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1° de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador.

Queda claro, entonces, que el cambio legislativo que dio lugar a la subrogación de las obligaciones en materia pensional, que se encontraban en cabeza de los empleadores, no conduce a que el trabajador deba recomenzar los esfuerzos adelantados hasta ese momento con su labor diaria, con miras a asegurar su retiro en condiciones dignas; la postura contraria, sostenida por la censura, conllevaría desconocer derechos adquiridos o en vía de consolidación bajo una expectativa legítima”. (negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, pues quedó claro en el presente que la sociedad empleadora, no realizó la reserva a que estaba obligada, para trasladarla una vez el ISS entrara a subrogar los riesgos de naturaleza pensional en el lugar donde laboraba el actor, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de

salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional o en este caso a mejorar la mesada pensional por él percibida, por lo que en este punto le asiste razón al juzgador de instancia, pues contrario a lo manifestado por la sociedad recurrente, en recurso como en alegaciones, es su deber realizar el pago cálculo actuarial al que fuera condenada, a pesar de la falta de cobertura del ISS, en el lugar en que trabajaba el actor.

Ahora bien, señala la sociedad recurrente en sus alegaciones, que no debe responder por el pago del 100% del cálculo actuarial, por cuanto el trabajador, también debe asumir una proporción de la cotización con destino al sistema pensional. A este respecto, se tiene que los puntos de inconformidad ante la sentencia de primer grado, al ser notificada en estrados, deben ser manifestados una vez se profiere esta, no siendo el término concedido para alegar, una oportunidad para complementar el recurso de apelación con manifestaciones que no se pusieron de presente durante la oportunidad para sustentar este, razón por la cual, no hay lugar a pronunciarse sobre este punto, al no haber sido objeto de recurso, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 06-2017-505-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: VÍCTOR MANUEL RIAÑO

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora María Juliana Mejía, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la corporación el fallo de fecha 29 de mayo de 2019 proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor VÍCTOR RIAÑO, actuando por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que por la exposición

ocupacional ambiental permanente a sustancias cancerígenas, tiene derecho a reconocimiento y pago de pensión especial de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, por lo que solicita se condene a la demandada a efectuar el reconocimiento y pago de la misma desde el 1 de agosto de 2011, fecha en que cumplió 55 años de edad junto con retroactivo causado, intereses de mora e indexación. (fl.24).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 1 de agosto de 1956, que laboró al servicio de Cristalería Peldar, que empezó a cotizar a la demandada por intermedio de la empresa Gufer y Cía Ltda., del 1 de marzo de 1972 al 20 de enero de 1976, e ingresó a laborar para Cristalería Peldar el 9 de julio de 1979, a la sección de vidrio plano, sociedad que estaba domiciliada en Cogua Cundinamarca y cuya actividad es la fabricación de vidrio, que dicho contrato, se mantuvo hasta el 18 de noviembre de 1998, esto es, por un lapso total de tiempo de 19 años, 4 meses y 10 días; afirma que durante dicha vinculación, desempeñó los cargos de labores varias, recibidor de vidrio grabado, ayudante de hornos y operador de hornos, que el primer cargo lo desempeñó entre el 9 de septiembre de 1979 al 31 de octubre de 1980, el segundo desde el 1 de noviembre de 1980 al 27 de enero de 1983, el de ayudante de hornos, entre el 28 de enero de 1983 al 11 de septiembre de 1994 y el de operador de hornos desde el 12 de septiembre de 1994 al 18 de noviembre de 1998, afirma que en la ejecución de los cargos de ayudante y operador de hornos, estuvo expuesto a altas temperaturas y a sustancias derivadas del carbón, sílice cristalina y asbesto crisotilo, sustancias respecto de las cuales, se comprobó que son cancerígenas, .

Indica que durante la vigencia de su relación laboral con cristalería Peldar, estuvo expuesto directa e indirectamente a sustancias que superaban los valores límite permisibles de exposición ocupacional, como la sílice cristalina y el asbesto crisólito, debido a su actividad comercial, la Cristalería se inscribió como empresa de alto riesgo para la salud de los trabajadores ante el Ministerio de Trabajo el 22 de diciembre de 1994, que en las instalaciones de esta sociedad, hay exposición a dichas sustancias en todos los espacios, al no haber zonas aisladas herméticamente, circunstancia que ha sido puesta de presente en varios estudios ocupacionales, que por estar expuesto a dichas

sustancias, le fueron suministrados elementos de protección como balletilla roja, mascarilla 3M, sin filtros para material particulado, las que como lo certifica la misma 3M, no se adhieren al rostro, permitiendo el ingreso de contaminación por los costados, por lo que afirma el demandante, no garantizaban una real y verdadera protección ante dichas sustancias, que se inhalan en forma de polvo y que por ello se esparcen en todo el centro de producción de la cristalería en mención.

Señala que la sílice cristalina, proviene de la arena silícea y sufre transformación en zona caliente, siendo una sustancia comprobadamente cancerígena perteneciente al grupo 1ª, que conforme estos riesgos al interior de la Cristalería, se han expedido un sinnúmero de estudios desde 1988, que ponen de presente el riesgo de los trabajadores y emiten recomendaciones para disminuir el mismo, indica que a pesar de tales recomendaciones, la Cristalería continúa empleando aire comprimido como mecanismo de limpieza, el que hace que persista una grave contaminación ambiental en los diferentes sitios de la planta Cogua, que a varios ex trabajadores de la Cristalería, se les ha diagnosticado Mesotelioma y Silicosis pulmonar y han fallecido por esta causa, siendo calificadas sus enfermedades, como profesionales.

Afirma por último que por estar expuesto directa e indirectamente a sustancias cancerígenas durante la época en que laboró para la Cristalería Peldar, solicitó a Colpensiones reconocimiento pensional de alto riesgo el 25 de febrero de 2012, que cuenta con 1045 semanas de cotización a dicha administradora. (fls. 5 a 23).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 5, 7 a 9, 11, 99 y 100 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación. (fl.445).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. (fl.494).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

*Como se anticipó en la determinación de la fijación del litigio, el **problema jurídico** a resolver, se ciñe a definir si el demandante acredita cumplidos los requisitos legales para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo, en virtud de su exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, aclarando que el libelista fundamentó la pretensión en el Decreto 758 de 1990, art 15, en virtud del régimen de transición art 36 de la Ley 100 de 1993.*

Se advierte la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias SL 470 de 2014, y SL 585 de 2013, el régimen de transición contemplado en el art 36 de la Ley 100 de 1993, fue establecido para la pensión de vejez ordinaria, a diferencia de la transición para las pensiones especiales de vejez, cuya regulación se encuentra en el Decreto 1281 de 1994, art 8, norma que en la parte pertinente que prevé que la edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de esa pensión de las personas que al momento de entrar en vigencia ese decreto, tengan 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres o, 15 o más de servicios cotizados serán los establecidos en el régimen anterior, al cual se encuentren afiliados. En este sentido, se precisa que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la norma transcrita en precedencia, en razón a que el día 22 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de la misma anualidad contaba con menos de 40 años de edad, como se probó con la documental que corre a folios 45 y 46, y además no acreditó más de 15 años de servicios a la empresa Peldar, advirtiendo que demostró 14 años, 11 meses y 13 días al servicio de la empresa antes citada.

Por otra parte, se advierte que la actual regulación consagrada por el art 6 del Decreto 2090 de 2003, prevé el régimen de transición de transición y, al efecto, dispone que quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión, esta le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, agregando el párrafo que, para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto, cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición deberán cumplir en adición a los requisitos especiales allí señalados los previstos por el art 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art 18 de la Ley 797 de 2003, se advierte que la preceptiva legal reproducida en precedencia se remite el régimen anterior que regulaba las actividades de alto riesgo, que para el caso de los trabajadores expuestos a sustancias comprobadamente cancerígenas resulta ser el Decreto 1281 de 1994, que en su art 13 estipuló los requisitos para obtener la pensión especial de vejez, que en su parte pertinente reza: La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos 1) Haber cumplido 55 años de edad, y 2) Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas. Agrega la norma que la edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, se disminuirá en un año por cada 60 semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Ahora, como quiera que dentro de la vigencia del Decreto 1281 de 1994, 22 de junio de 1994, y la vigencia del Decreto 2090 de 2003, 28 de julio de 2003, no es posible en ese tiempo cumplir 500 semanas de cotización especial que regula el art 6 del Decreto 2090 de 2003, se infiere que corresponde considerar las semanas laboradas por el actor en la actividad de alto riesgo con anterioridad a la vigencia de tales disposiciones, advirtiendo que el accionante prestó servicios en Peldar desde el día 9 de julio de 1979, hasta el día 18 de noviembre de 1998, como se probó con la documental que corre a

folios 47 a 50 y 51 a 53, periodo de tiempo durante el cual según testimonio rendido por el señor Ciervo Tulio Arévalo Montaña, el demandante estuvo expuesto permanentemente a sustancias comprobadamente cancerígenas sílice y asbesto, quien refirió el hecho mediante la descripción de las condiciones bajo las cuales el demandante ejecutó la labor para la cual fue contratado por la empresa, expuesto permanentemente a las sustancias cancerígenas antes citados. Además, aclaró el testigo que los elementos de protección suministrados por la empresa no garantizaban la protección del trabajador, advirtiendo que la accionada realiza la limpieza con aire comprimido, situación que facilita la dispersión del material particulado de forma que la contaminación es generalizada, máxime cuando no existe encerramiento por puesto de trabajo. Lo anterior se soporta en el informe que rindió Suratep en el año 2003, visible a folios 320 a 334, el cual indica que para limitar la exposición de sílice debe existir una buena limpieza con un sistema de aspiración adecuado con métodos húmedos que permitan reducir la exposición potencial y al propite, pues se recomendó la separación, aislamiento y encerramiento de las fuentes productoras, lo cual evita que personal ajeno a las operaciones se exponga innecesariamente al contaminante.

A lo anterior, se agrega que no puede desconocer el juzgado como lo refirió el testigo en forma coincidente con el soporte de estudio antes citado y con la certificación de servicios, visible a folios 47 a 50 y 51 a 53, que el accionante sufrió una contaminación por exposición a sustancias cancerígenas sílice y asbesto, en un grado alto por razón de los cargos que desempeñó en labores varias aseo, limpieza o movimiento de materiales en cualquiera de las dependencias de la planta, recibidor vidrio grabado; cumpliendo la función de pasar hojas de vidrio grabado, cortar vidrio a medida normalizada cuando el rayador automático fallara, preparar material de empaque y cajas de exportación y limpiar parchas, ayudante de hornos, cumpliendo la función de limpieza y aseo de los cargadores con puertas de reversa, caseta de operaciones y quemadores de horno y operador hornos, cumpliendo la función de mantener temperaturas adecuadas, controlar el funcionamiento de quemadores, el flujo correcto de combustibles y materias primas, durante la cronología que certificó la empresa accionada, mediante la documental atrás citada. Acreditación que permita concluir que el demandante cuenta con un número de 997.86 semanas contabilizadas desde el día 9 de julio de 1979, hasta el día 18 de noviembre de 1998, precisando que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia explicó el criterio orientado a habilitar los aportes en el caso de actividades de alto riesgo, así no se haya cotizado el porcentaje adicional previsto en los Decretos 1281 de 1994, 1290 de 2003, que derogó el anterior porque no es el trabajador quien debe correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador si se ha demostrado que, efectivamente, desempeñó esa clase de labores especiales sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan a aquel frente a la seguridad social por inobservancia de sus obligaciones, en este sentido, se remite el juzgado a la sentencia SL 398 de 2013, citada en la sentencia SL 4616 de 2016, Rad 47244 del día 13 de abril de 2016, lo que significa que la situación pensional del actor por virtud del régimen de transición se ha de definir conforme a la norma anterior que lo favorece. Esto es, de conformidad con los requisitos contenidos en el art 3 del Decreto 1281 de 1994, atrás reproducido.

Luego, si bien el accionante acreditó que arribó a la edad de 55 años, el día 1 de agosto de 2011, demostrado que nació el mismo día y año del año 1956, se advierte que únicamente demostró 997.86 semanas, en actividades expuesto a sustancias cancerígenas, contabilizadas desde el día 9 de julio de 1979, hasta el día 18 de noviembre de 1998, folios 47 a 50, 51 a 53, 470 y 473, es decir, densidad inferior a 1.000 semanas de cotización especial, que exige el art 3 del Decreto 1281 de 1994, para reunir los requisitos para causar la pensión especial reclamada. De lo visto, deviene impróspera la súplica de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Indicó la parte demandante:

Considero que de acuerdo con la historia ocupacional de que da cuenta el plenario, debidamente aportada y decretada como prueba, se estableció con claridad meridiana que efectivamente el trabajador, primeramente laboró en una empresa clasificada de

alto riesgo para el cuarto grado en la parte administrativa y quinto en la parte operativa, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1295 de 1994, en la forma también debidamente acreditada en plenario y, otro lado, atendiendo al hecho pues de que en los cargos que desempeñó cada una de las labores, en la forma como juiciosamente lo ha detallado el Despacho, en cada uno de los mismos estuvo expuesto a material particulado, frente al cargo de labores varias es conveniente recordar y reiterar que las operaciones de aseo, limpieza y movimiento de materiales, lo hizo justamente como está acreditado a través de diferentes elementos que causaban más exposición en el medio ambiente, como es el barrido en seco y, en segundo lugar, atendiendo al hecho de un mecanismo eléctrico, el aire comprimido que generaba una disminución mayor de dichas partículas, circunstancia que me permite determinar que, efectivamente, pues esta es una primera labor en la que ejerció actividades de alto riesgo.

En segundo lugar, frente al segundo de los cargos como recibidor de vidrio grabado, de la misma manera lo ejerció durante 26 meses 27 días, y en este cargo, entre las funciones principales tenía como el juzgado de manera juiciosa lo destacó, le correspondía entre otras cosas retirar y llevar los bogues llevarlos a la tolva y regresarlos vacíos, cortar vidrio a la medida normalizada cuando el rayador falle y/o remover orillos cuando el transbordador automático falle, separar las hojas mal cortadas y/o posibles defectos de acuerdo con las instrucciones, separar material de empaque y cajas de exportación. En esta segunda actividad desarrollada por el actor, de la misma manera y como en lo que acabo de leer se destaca le correspondía cortar el vidrio y el vidrio pues es justamente el sílice, de igual manera que removerlos a la tolva y regresarlos vacíos y en ese movimiento de la tolva es otro de los procedimientos que de conformidad con los estudios aportados y decretados como prueba, como lo establece el folio 94, en el año 2001, se establece que en esta actividad es una también de las generadoras de actividades de alto riesgo, por cuanto que la producción de material particulado, en este caso, por el retal del vidrio, pedacitos de vidrio que se producen en el ejercicio de la actividad de la industria del vidrio, genera una actividad riesgosa para la salud y se constituye en una actividad que necesariamente conduce a pensar y a determinar que efectivamente es de alto riesgo. De otro lado, amén también pues de que en esta actividad no solamente se maneja lo que es la sílice, sino también otros elementos bastante contaminantes son particulados muy volátiles en el medio ambiente, en este caso, como lo es también el carbón y como lo es también el asbesto.

De otro lado, en los cargos de ayudante de hornos, hay que destacar que tanto el de ayudante de hornos como el de operario de hornos, estuvo en un área determinada como de altas temperaturas, amén pues que también las operaciones de limpieza y todas actividades a las que me he venido refiriendo infieren sobre estas áreas del centro de producción donde trabajó el demandante por más de 19 años.

De otro lado, lo anterior se produce que también estos dos últimos dos cargos pues fue una actividad de alto riesgo, máxime que fue en altas temperaturas, amén pues de lo que la misma empleadora registró como labores realizadas en la ejecución de dichos cargos.

De otro lado, también reiterar que en labores varias y recibidor de vidrio agravado, que es el lugar donde se encuentran justamente las maquinas que contienen los rodillos, que son como lo dijo el testigo Ciervo Tulio Arévalo, 330 rodillos que se están moviendo en forma permanente y de los que necesariamente, pues emerge un elemento contaminante que no se ve pero que es contaminante como lo dicen los estudios y en los cargos pues de ayudante de hornos y operador de hornos, reitero donde necesariamente estaba en altas temperaturas.

En este orden de ideas, pues considero muy respetuosamente que desde el punto de vista de la apreciación del H. Despacho de primera instancia, pues hay un cierto margen, si se me permite muy respetuosamente, de error desde el punto de vista pues de que durante los 19 años de labor permanente sin ninguna clase de interrupción, el trabajador sí estuvo expuesto a alta contaminación de material particulado, amén de las altas temperaturas como lo he destacado también, destacando pues que en cada uno de los cargos, específicamente, en los de ayudante de hornos por ejemplo, como en el de operador de hornos, estuvo en el primero 11 años 7 meses y 2 días y, en el segundo, en el de operador de horno estuvo 4 años 2 meses y 6 días; de lo que se deduce un total de más de 17 años, no más, en estas altas temperaturas, más los anteriores nos da los 19 años y 10 meses que estuvo de labor continua el trabajador

al servicio de un centro de producción que ha sido calificado como de alto riesgo, en la forma en como lo he predicado y está debidamente demostrado. Así las cosas, considero que efectivamente se cumplían los requisitos, primeramente, para establecer de que se trataba de un operario que estaría inmerso en el régimen de transición, habida cuenta que cumplió con los requisitos establecidos y, en este caso, para la aplicación del Decreto 1281 de 1994, y bajo esta perspectiva, pues considero que debió ser la norma aplicable, a partir del hecho de que no fueron las 996 semanas, que creo que fueron las determinadas por el Despacho o las reconocidas sino pues a partir de un tiempo superior.

En ese orden de ideas, considero respetuosamente que está llamada pues a prosperar las pretensiones de la demanda y, en ese orden de ideas, pues considero que se le debe hacer el reconocimiento de conformidad con la norma propuesta por el mismo Despacho de conocimiento.

CONSIDERACIONES

El Decreto 1281 de 1994 reglamenta las actividades de alto riesgo así como las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, y a su vez estableció el régimen de transición para ese tipo de prestación indicando que “la edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. (...)”

Así mismo define las actividades de alto riesgo dentro de las cuales se encuentran en el numeral 4° los trabajos con “exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”, que es el fundamento para las pretensiones del demandante.

Por su parte, el artículo 2° ibídem señala que los afiliados al sistema general de pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante 500 semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan 55 años de edad y 1000 semanas y que la edad se disminuirá 1año por cada 60 semanas adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Pues bien, le correspondía a la parte actora, demostrar que desarrolló actividades de alto riesgo y que cotizó las semanas requeridas.

Al respecto, se tiene que no fue objeto de reparo el hecho de que el demandante prestó sus servicios para la Cristalería Peldar entre el 9 de julio de 1979 al 18 de noviembre de 1998; lo que se corrobora con documental contentiva de historia ocupacional expedida por dicha sociedad y que obra a folio 46 y s.s. del plenario, siendo pertinente señalar que la Cristalería Peldar, ejerce como actividad económica la fabricación de artículos de vidrio la cual requiere la utilización de diferentes sustancias de tipo cancerígeno como son la arena sílice y el asbesto como se indica en los estudios aportados al proceso por la parte demandante como son:

- Estudio Ambiental de Polvo empresa PELDAR 1988 (fl.109)
- Estudio Guillermo Fergusson septiembre 1991-abril 1992 (fl.131)
- Estudios de polvo, ruido y temperaturas realizado por el Instituto de Higiene, Ambiente y Salud en septiembre de 1992 y 1994 (fl.186 y s.s.)
- Informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos – material particulado- en la planta de Cogua realizado por SURATEP marzo de 2001 (fl.285).
- Informe de evaluaciones de material particulado - Sílice realizado por SURATEP septiembre de 2003 (fl. 320).
- Informe de evaluación de fibras respirables de asbesto en el ambiente ocupacional Peldar, realizado por la Fundación para la Protección del ambiente y salud, Zipaquirá 2012 (fl. 384)

Analizado el contenido de los estudios relacionados en precedencia, elaborados por autoridades competentes y expertas en estudios ocupacionales, se colige que efectivamente la empresa para la cual laboró el demandante utilizaba sustancias peligrosas como la arena sílice y el asbesto, estando compuesto éste último fibras pequeñas que se desprenden en el aire cuya inhalación, puede provocar que se alojen en los pulmones, permaneciendo allí por mucho tiempo; con el transcurso del cual, tales fibras pueden acumularse hasta ser las causantes de patologías que pueden resultar fatales para el individuo.

Determinado lo anterior, **con el fin de verificar si el demandante estuvo expuesto a tales sustancias**, se tiene que conforme a la historia ocupacional del actor obrante a folio 46 desempeñó durante su vinculación laboral en

PELDAR, cargos en labores varias, recibidor de vidrio grabado, ayudante de hornos y operador de hornos.

Es así como se puede concluir que el actor laboró por más de 15 años en el área operativa de la empresa empleadora, en ejecución de los cargos antes mencionados, de lo que se desprende que contrario a lo afirmado por la demandada en sus alegaciones desempeñó sus labores **estando expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas**, pues recuérdese que de los estudios mencionados con antelación, principalmente según el “Informe de evaluaciones ambientales de material particulado” realizado por SURATEP en diciembre de 1996 a la empresa donde laboraba el actor el “operario de labores varias” es “uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador utiliza menos equipo de protección y los demás cargos en que se desempeñó el demandante, determinan que estuvo en contacto directo con la fabricación de las materias primas utilizadas por la Cristalería Peldar, al haber sido recibidor de vidrio grabado y ayudante y operador de hornos.

En en el caso del actor de historia laboral visible a folio 470 del plenario, allegada por la demanda, se observa que la Cristalería empleadora, realizó cotizaciones especiales a favor del actor por haber desempeñado como quedó probado actividades de alto riesgo, sólo entre el periodo de marzo a octubre de 1998; y la obligación por parte del empleador a cotizar al sistema pensional a favor del trabajador puntos adicionales por ejercer dichas actividades de alto riesgo, surgió con el Decreto 1281 de 1994; tal circunstancia fue reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia radicado 73644 del 5 de agosto de 2019.

Determinado lo anterior, corresponde verificar si el actor es beneficiario del régimen de transición de que trata el Art 6 del Decreto 2090 de 2003, para lo cual se tiene en cuenta que si bien no efectuó las cotizaciones especiales al no estar obligado a ello durante la mayor parte de la vigencia de la relación laboral, sí contaba con 500 semanas cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo, pues conforme historia laboral a que se aludió, aportada por la demandada, cotizó durante la prestación de sus servicios a Peldar, un total de 978,72 semanas, siendo entonces beneficiario de dicho régimen.

Por lo anterior, corresponde abordar el estudio de la prestación solicitada bajo los parámetros de la norma anterior que regulaba las actividades de alto riesgo, es decir el decreto 1281 de 1994, que exige el cumplimiento de 55 años de edad y haber cotizado 1000 semanas, las que se coticen adicionales a estas, son las que determinan la disminución de la edad en el reconocimiento pensional.

Así las cosas, se tiene que el demandante arribó a la edad de 55 años el 1 de agosto de 2011, pues nació en el año de 1956 (fl. 45); no obstante respecto al requisito de semanas de cotización en actividades de alto riesgo, se observa que contrario a lo manifestado por el recurrente, la juez de primer grado tuvo como tal, todo el periodo laborado por este a Peldar S.A. que como se señaló, tuvo lugar entre el 9 de julio de 1979 al 18 de noviembre de 1998, lapso temporal en el cual, acredita un total de **978,72**, es decir, no alcanza a cumplir las 1000 semanas exigidas por la normatividad en cita, pues no probó que las semanas laboradas con las empleadoras Gufer y Cía Ltda., y Proquil Ltda., antes de iniciar su vínculo laboral con Peldar, hayan sido en ejercicio de actividades de alto riesgo, razón por la cual, no es posible tener en cuenta más semanas adicionales a las laboradas con Peldar, para el estudio de la prestación solicitada, circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 06 2018 343 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: IBIS GUTIERREZ DE REINA
DEMANDADO: UGPP

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 14 de agosto de 2019 por la Juez Sexta Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

La señora IBIS GUTIERREZ DE REINA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada UGPP a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en el 100% en calidad de cónyuge supérstite, desde la fecha del fallecimiento del señor GERARDO REINA PATARROYO, junto con el pago de los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl. 2)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que contrajo matrimonio con el causante.
- Que de dicha unión nació JAIRO REINA GUTIERREZ, quien falleció el 12 de marzo de 1994.
- Que después de muchos años de convivencia matrimonial el causante decidió iniciar una relación simultánea con la señora MARIA CUERVO.
- Que la señora MARINA CUERVO DE REINA falleció el día 4 de julio de 2015.
- Que el día 8 de noviembre de 2016, falleció el señor GERARDO REINA PATARROYO, quien era pensionado de la UGPP, según resolución No 500 del 25 de enero de 1982.
- Que en su condición de esposa legítima tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento desde el 15 de mayo de 2017.
- Que la demandada negó el derecho pensional, aduciendo que de conformidad con el expediente administrativo el causante contrajo matrimonio con la señora MARINA CUERVO, por lo que se hace necesario establecer las condiciones en las que se encontraban dichas uniones.
- Que no es posible dicho matrimonio como quiera que el causante no se separó de ella, por lo que se solicitó a la parroquia una constancia en relación con los matrimonios celebrados por el causante en dicha parroquia.
- Que la parroquia certificó que después de una búsqueda se pudo constatar que en dicha parroquia únicamente reposa la partida de matrimonio entre el señor GERARDO REINA con la actora, señora IBIS GUTIERREZ SANDOVAL, el 4 de febrero de 1954, por lo que claramente se evidencia que dicha partida de matrimonio fue falsificada, cambiando el nombre de la actora y fue sustituido por MARINA CUERVO, por lo que se presentó la correspondiente denuncia de falsedad.
- Que por lo anterior, el matrimonio entre la actora y el causante estuvo vigente hasta el momento del fallecimiento de éste, y siempre se mantuvo la unión familiar, la ayuda mutua.

- Que al momento del fallecimiento el causante, quedó completamente desamparada, ya que su único soporte emocional y económico era el fallecido. (fl.- 3 – 7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones de la misma, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 a 5, 8 a 14, 16 a 17, 20, 21, 25 y 26, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, no pago de intereses moratorios e imposibilidad de condena en costas. (fl. 73 – 79).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento en providencia del 14 de agosto de 2019, resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante. (fl.90)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que:

“se recuerda que el problema jurídico definido en audiencia anterior se ciñe a determinar si la parte actora acreditar los requisitos legales previstos por la ley 100 de 1993 artículo 47, modificado por el artículo 13 de la ley 797 2003, en la calidad de beneficiaria como cónyuge del causante Gerardo Reyna Patarroyo, fallecido el día 8 de noviembre de 2016, lo anterior con la finalidad de definir la prestación de la demanda relacionada con la pensión de sobrevivientes a la cual aspira acceder la parte accionante.

Luego advirtiendo que el causante Gerardo Reyna Pat arroyo falleció el día 8 de noviembre de 2016, como consta a folio 34, se infiere que para definir el tema objeto de controversia, aplica el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 artículo 13, en cuanto dispone que son beneficiarios, a) en forma vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha de fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad, en caso que la pensión de sobrevivientes se cause por muerto del pensionado el

cónyuge o compañera o compañero permanente o supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte. Se sigue que en el juicio no se probó la convivencia real y efectiva del accionante con el causante Reina Patarroyo, durante el término que exige la Norma, es decir cinco años anteriores el momento de la muerte, pues precisa que la testigo Olga María Bobadilla en declaración jurada manifestó que no tiene conocimiento del tiempo de convivencia de la acción ante Señora Iris Gutierrez de reina con el causante, en efecto si bien adujo la testigo que conoce a la demandante hace más de 40 años, cuando acudió junto con sus hijas al sitio habitación de la accionante época en la cual antes citada convivía con su cónyuge Gerardo Reyna, manifestó la testigo reiteradamente que no sabe cuánto tiempo vivió una pareja en mención afirmo la testigo que causante vivió con otra mujer, pero tampoco sabe el tiempo de convivencia de los antes citados no obstante manifestó una testigo según manifestación literal que causante tenía a las dos el tiempo, refiriéndose a la demandante y a la otra mujer que identifico como Marina, sin precisar el tiempo de convivencia de la antes citada con el causante, se aclara que la demanda se identificó que vivió con el causante de nombre Marina Cuervo de Reyna, quien falleció el día 4 de julio de 2015, folio 35 es decir, con anterioridad a la muerte del causante en noviembre 8 de 2016 folio 34, se aclara que la declaración extra juicio de Olga Maria Bobadilla Rojas, que se incorporó en medio magnético visible al folio 82, se rindió en forma genérica, sin determinación del tiempo de convivencia de la accionante con el causante, por otra parte se resalta que en el juicio se probó que la demandante contrajo matrimonio con el causante el día 4 de febrero de 1954, como se acredito con la documental visible a folios, 15,38 y 39, sin registro de disolución de la sociedad conyugal, ahora como se consignó en el acto administrativo No. 033856 del día 30 de agosto de 2017, visibles a folios 18 a 20, se conoce que la demandante afirmó que vivió con el causantes del día 4 de febrero de 1954 hasta el día 30 de diciembre de 1980, es decir por espacio de 26 años 10 meses y lo que 27 días, en ese orden de ideas si bien la Jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia, explicó que en cuanto la ley 797 2003 artículo 13 literal B inciso tercero, consagra el evento en que luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra una compañera permanente caso en el cual la convivencia de cinco años de que trata la Norma el cónyuge que va a recibir una cuota aparte, puede ser cumplida en cualquier tiempo se colige que como la demandante no probó la convivencia mínima de cinco años con el causante, en cualquier tiempo se

colige que la súplica de la demanda no está llamada a prosperar en el entendido que la asignación del demandante con en el sentido que convivio con el causante desde el día 4 de febrero de 1954 fecha de celebración del matrimonio sin registro de disolución su conyuga, hasta el día 30 de diciembre de 1980, no constituye prueba de la afirmación porque a nadie les visito crear su propia prueba, en consecuencia la deficiencia probatoria advertida conduce a la proferir la absolución de la entidad accionada.”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante**, señalando:

“me reitero su señoría motivo de mi recurso en lo expresado en la demanda, especialmente en los conceptos emanados por las Altas Cortes en la Sentencia T 164 de 2014, donde reitero y aclaro lo escrito en la ley 100 de 1993, que en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento entre un cónyuge, compañera o compañero permanente, la beneficiaria, o beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo, si no existe convivencia simultánea y mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota a parte de lo correspondiente al literal a), en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante, y la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existió la sociedad conyugal vigente y en el caso que nos ocupa se mantuvo vigente la sociedad conyugal de doña Iris con el causante hasta el día de la muerte, esta sentencia expresa claramente que de no haber convivencia simultánea, quien tiene que probar la convivencia es la compañera o compañero permanente del causante, y a su vez haber convivido con él durante los últimos cinco años, para así poder reclamar una cuota parte correspondiente a literal a) de la ley 797 del 2003, mientras que la esposa con el simple hecho de tener la sociedad conyugal vigente en el momento de la muerte, la hace beneficiará automáticamente de la otra cuota parte, y en este caso pues sería mi poderdante la beneficiaria del 100% de la pensión de sobreviviente. Esto mismo lo confirma la Sentencia C 336 del 2014, que reconoce una cuota parte de la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente el causante que haya convivido durante los últimos cinco años con el causante, separado derecho pero con sociedad conyugal vigente, y la otra parte se le otorga a la cónyuge con quien tiene la sociedad conyugal vigente al momento de la muerte, y aclara que los efectos jurídicos de la unión

marital de hecho, son diferentes a los del matrimonio, por ende son instituciones jurídicas disímiles y resuelve la Corte, en dicha sentencia declararla inexecutable la expresión la otra cuota a parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente, contenida en el inciso final del literal B del artículo 13 de la ley 797 de 2003, la sentencia 10 35 del 2008, protege el derecho a la igualdad en pensión de sobrevivientes, disposición que privilegia la cónyuge para su reconocimiento en caso de convivencia simultánea que resulta discriminatoria para un beneficiario y confusa para las entidades encargadas del pago de la pensión de sobreviviente al cónyuge supérstite . El tribunal Superior de la Sala Civil Laboral, en el radicado 41 01 — 31 05 2006 — 000 18 — 01 concedió la pensión de sobreviviente en partes iguales entre la esposa y la compañera permanente, sin perjuicio de que la esposa no vivía con el causante al momento del fallecimiento, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Magistrado Ponente César Palomino Cortés, radicado 4100 -23 – 33-000-2012 - 001 31-01, concedió la pensión de sobreviviente a la esposa de la misma manera que no convivía con el causante al momento de la muerte, y que el caballero en esta en esta sentencia vivía con la madre y ellos mantuvieron el vínculo hasta el momento de la muerte, y sin embargo la esposa por existir ese vínculo fue la que se llevó la parte de la pensión que le correspondía, por lo anteriormente expuesto, solicito su señoría y se conceda el Recurso, a la fecha de hoy proferido por este Juzgado Sexto Laboral del Circuito ,y se le reconozca a doña Iris el derecho incoado.”

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate que el señor GERARDO PATARROYO REINA, ostentaba la calidad de pensionado como se verifica de documental contentiva de resolución No. RDP 033856 DEL 30 de agosto de 2017, en la cual la accionada señala que el causante fue pensionado mediante resolución No. 500 del 25 de enero de 1982, a partir del 20 de noviembre de 1979 y en cuantía inicial de \$15.252,41.

Respecto de la prestación solicitada, ha sido clara la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que para el estudio de la pensión de sobrevivientes se aplica la norma que se encuentre vigente al momento de fallecimiento, en este caso son los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 pues **el señor GERARDO REINA PATARROYO** conforme resolución

No. RDP 033856 del 30 de agosto de 2017, obrante a folio 18 del expediente **falleció el 8 de noviembre de 2016.**

Ahora bien, en cuanto a los **beneficiarios de la pensión**, señala el art. 47 de la Ley 797 de 2003, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el **cónyuge o compañero permanente o supérstite** del pensionado que acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte **y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos** con anterioridad a su muerte.

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Así las cosas, revisado el recurso de apelación efectuado por la parte demandante, se evidencia qué en él, no se está alegando una indebida apreciación del único testimonio recepcionado en el debate probatorio, todo lo contrario, ya que la parte actora afirma que no era su deber demostrar convivencia alguna con el causante dada su condición de cónyuge.

De conformidad con lo anterior, y respecto al **tiempo de convivencia**, contrario a lo señalado por la recurrente, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, como en sentencia 32393 de 2008, que la misma se exige tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, lo que ocurre es que la compañera permanente debe demostrar la convivencia dentro de los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la

muerte de un afiliado o de un pensionado, en cambio, la cónyuge supérstite, los debe demostrar en cualquier tiempo.

Así las cosas, le asiste total razón a la Juez de primer grado, ya que es necesario demostrar por parte de la actora el requisito de con **convivencia**, esto es **5 años** y en cualquier época, sin que de la revisión de la declaración de la señora OLGA MARIA BOBADILLA, se encuentre fecha alguna que permita inferir, que la convivencia de la pareja superó el lapso que exige la norma, por lo que sin mayores razonamientos por innecesarios se habrá de **confirmar** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

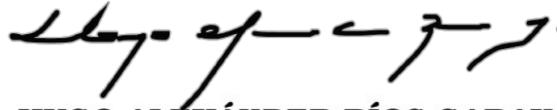
Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

ORDINARIO No. 06 2017 688 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

**DEMANDANTE: CARLOS JULIO CAIMAN
TOVAR**

**DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO,
ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP**

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá siendo el día treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020) se reunió la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, con el fin de resolver la apelación a la sentencia proferida dentro del presente proceso ordinario laboral. La Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

Por apelación interpuesta por la parte demandante, revisa el Tribunal la sentencia de fecha 4 de abril de 2019, dictada por el

Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario de la referencia.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepción por vía correo electrónico, los de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS JULIO CAIMAN TOVAR, actuando por conducto de apoderada judicial formula demanda ordinaria laboral en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ, con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de noviembre de 1990, y hasta el 31 de mayo de 2016; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a la reliquidación de las cesantías por el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 1990 y hasta el 1 de junio de 2016, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, así mismo se condene a la demandada al pago de los intereses a las cesantías, del periodo antes señalado, a la indexación de las condenas y a los que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 3)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, el demandante afirma:

- Que laboró al servicio de la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de noviembre de 1990 hasta el 31 de mayo de 2016.
- Que la demandada liquidó y canceló sus prestaciones sociales en cuantía de \$50.700.639.
- Que el valor definitivo de las cesantías liquidado por la empresa demandada ascendió a la suma de \$147.830.180, menos la suma recibida por concepto de cesantías parciales de \$110.629.876,00 para un total pagado de \$37.200.304,00, liquidación efectuada por 9189 días y un sueldo promedio de \$5.791.683,93.
- Que la liquidación efectuada por la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, 2015 – 2016.
- Que reclamó ante la demandada la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados, con fundamento en la documental expedida por la demandada.
- Que la demandada en contestación a su solicitud, señaló que la prima de vacaciones no era de \$15.939.835,00 sino \$6.406.025 y la prima semestral no era de \$10.311.643, sino de \$6.408.007,00
- Que de conformidad con lo anterior, el valor de las cesantías corresponde a 183.059.506.
- Que los valores que se reclama, la demandada los certificó en documento de fecha 30 de julio de 2016, por lo que deben ser incluidos a efectos del cálculo de las cesantías. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa demandada contestó la demanda en tiempo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones propuestas. La accionada aceptó como ciertos los hechos 1, 3, 10 y 11, de la demanda y se opuso a los demás. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación y buena fe. (Fl.- 42 - 51).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 4 de abril de 2019, en la que resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de la anterior decisión, la juez de primera instancia señaló en síntesis que, el problema jurídico pretine a resolver se ciñe al estudio de la viabilidad o no de reajustar el auxilio cesantías que causó el demandante, a la terminación del contrato con el monto total que devengó en el último año de servicios, adicionalmente determinar si en el caso particular del accionante que ostento la calidad de trabajador oficial, procede el reconocimiento de los intereses a las cesantías que en forma retroactiva pagó la demandada a la terminación del vínculo.

Con la finalidad de dirimir el conflicto se advierte que está probado que la demandada liquidó las cesantías del actor teniendo 9189 días laborados y sobre un salario promedio de \$5.791.583; que la demandada para llegar a este promedio, tuvo en cuenta factores como sueldo ultimo año 2016 \$2.438.570, año 2015: \$2.250.450, valor sueldos \$29.238.740, quinquenio \$12.225.662, prima de vacaciones \$6.815.017,43, prima semestral \$5.627.975, prima

semestral proporcional \$780.032, prima de navidad \$2.845.373, prima de navidad proporcional \$2.908.610,75, prorrata de alimentación \$1.850.027, transporte \$732.435, horas extras \$6.406.015, se resalta que en la demanda no se determinó la diferencia numérica entre la liquidación efectuada por el demandante y la liquidación que realizó la demandada, sin embargo se advierte que de la comparación del salario promedio, que la demandada incluyó por prima de vacaciones, el monto que el actor devengó en el último año de servicios, entre abril y mayo de 2016, con inclusión de la prima de vacaciones en el año 2015, por causación del periodo anterior.

Así se advierte que la liquidación no ofrece reparo por cuanto de conformidad con lo previsto por el art. 45 del decreto 1045 de 1978, corresponde con el accionar con el cálculo realizado por la demandada, es decir, el derecho que se adquirió, no el valor que se percibió por el mismo derecho en el último año, de firma tal que debe entenderse que corresponde incluir el valor del derecho que se adquirió y no el valor que se recibió por el concepto en mención, este criterio queda aún más claro luego de tener en cuenta que el concepto devengo significa cantidad o suma devengada, lo que ha sido ganado aún cuando no haya sido cobrada o recibida, luego no se incluye el factor que recibió el actor en el último año de servicios, sino lo que devengó y en ese orden de ideas se excluye de la liquidación lo que recibió el demandante por prima de vacaciones en el año 2015, porque no se devengó o causó en el último periodo o correspondiente al periodo del último año de servicios.

Igual argumento corresponde a la prima semestral que incluyó la demandada por valor de \$5.627.975 pesos y la prima proporcional de 780.032 pesos que corresponden a la prestación que devengó el actor en el último año de servicio, porque se causaron antes del

último año de servicios conforme se determina en el documento que corre a folio 32 y 34 el expediente.

Así mismo con la prima de navidad reiterando que se incluye en la liquidación del salario promedio la prima de navidad que devengó el demandante en el último año de servicio en la suma de 2847.130, folio 17 y no el valor de la prestación en mención que recibió en el año 2015. En relación con la diferencia de los factores correspondientes a la prima de alimentación y Horas Extras, se advierte que el actor efectuó la suma del valor que recibió en el último año de servicios sin tener en cuenta que el computo debe efectuarse bajo la regla de prorrata, porque el accionante no percibió la suma, por prima de alimentación y horas extras durante el periodo causado mes a mes.

Así las cosas y como quiera que no se efectuó reparo por el cálculo efectuado por la demandada mediante la aplicación de la regla de prorrata devienen no prosperas las suplicas de la demanda. Finalmente, y en relación con los intereses a las cesantías, se absuelve a la demandada ya que las cesantías de los trabajadores oficiales que reconoció en forma retroactiva la entidad demandada a la terminación del contrato de trabajo, aplicación a lo previsto por el art. 40° del Decreto 1045 de 1978, no genera intereses a las cesantías ya que no hay norma legal que así los contenga.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez de primer grado, la parte demandante interpone recurso de apelación en el que solicita que se revoque la decisión proferida por la Juez.

Para lo anterior, requiere señaló: *“los argumentos que a continuación me permito exponer son que la empresa demandada en*

realidad de verdad no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en los años 2015 y 2016, toda vez que certificó prima de vacaciones, por un monto diferente y se le tuvo otro valor diferente, igual sucede con el valor de la prima de alimentación certificado y el valor tomado en su liquidación, igualmente en la prima semestral el valor certificado fue otro y el tomado en cuenta para efectos de liquidación son totalmente diferentes, así las cosas sui señoría ante el H. Tribunal solicito se tengan en cuenta estas circunstancias de tiempo modo y lugar que sirvan de fundamento para que se revoque el fallo y se tengan en cuenta los factores salariales devengados, por el aquí demandante en el último año laborado y que desde luego dicha certificación obra en el expediente”

CONSIDERACIONES

De conformidad con el resumen que antecede la Sala rescata de lo manifestado por el apoderado recurrente como único motivo de inconformidad, establecer si deben incluirse como factores salariales para el cálculo de sus cesantías, la totalidad de los factores salariales causados y percibidos por éste.

En relación con este aspecto, esta Sala encuentra desde ya necesario señalar que fueron acertados los razonamientos efectuados por la Juez de primer grado y que la llevaron a absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que no es dable como lo pretende la parte actora, tener en cuenta para efectos de la liquidación de las cesantías, lo percibido y pagado en el último año de servicios, ya que es claro que para el cálculo de las mismas, se debe tener en cuenta lo devengado en el último año de servicios, es decir lo causado en ese último año, toda vez que lo pagado bien puede haber tenido origen en años anteriores es decir haberse causado antes, lo que evidentemente

aumentaría la liquidación en contravía a lo ordenado en la convención colectiva de trabajo 2015 - 2019.

El último año de servicios del actor fue entre el 1 de junio de 2015 y el 1 de junio de 2016 y revisada la liquidación visible a folio 31, es claro que la demandada incluyó las vacaciones, prima de vacaciones, prima semestral y la prima de navidad, tal y como lo reafirmó la parte demandada, en sus alegatos de conclusión.

De vieja data la H Corte Suprema de Justicia en sentencia de Rad N° 15306 de enero 31 de 2001 M P José Roberto Herrera V explicó la diferencia entre devengado y percibido así:

“(...)

El reparo de la censura a la sentencia del tribunal consiste en el entendimiento equivocado de la palabra “devengado”, y para ello transcribe la definición de la Real Academia de la Lengua, así: “DEVENGAR: Hacer una alguna cosa mereciéndola. (Escriche) Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice por ello que se devengan costas, honorarios, sueldos. Producir intereses o réditos. (Devengo, Hidalgo de devengar quinientos sueldos, Vengar.)” (Folio 10 del cuaderno de la Corte).

Basta detenerse en la acepción resaltada, para coincidir con el tribunal en el alcance de dicha cláusula. En efecto, la estipulación de manera clara se refiere al “promedio devengado en el último año de servicio”, lo que es igual al promedio causado. Por tanto, son conceptos totalmente diferentes adquirir el derecho a una determinada remuneración y percibirla o recibirla. Por ello puede ocurrir que el derecho a una prima se adquiriera en un año determinado, pero su pago se efectúe en otro: en tal hipótesis habría que concluir que se devengó en el primer año, y si éste coincide con el último año de servicios, su valor debe ser tenido en

cuenta para liquidar las prestaciones sociales, así su pago se hubiere efectuado en un año diferente”

Lo anterior ha sido reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, siendo claro en verdad que la demandada incluyó lo devengado en el último año de servicios en correcta aplicación de la norma, sin que pueda como pretende la recurrente, ordenarse como señaló en su recurso de manera general, -sin referirse a los argumentos del Juez o sin señalar cuál fue su error o cuales pruebas no valoradas- que debe tenerse en cuenta todo lo devengado, causado y percibido en el último año de servicio.

Por lo expuesto y sin mayores razonamientos por innecesario, se impone CONFIRMAR la sentencia apelada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- COSTAS. Sin costas en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, Según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados

Dte: CARLOS JULIO CAIMAN TOVAR

Dda: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.04- 2017-783-01

APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: DANIRO AGUDELO VALENCIA,
DANIRO AGUDELO PRADA Y JAIME AGUDELO
VALENCIA**

**DEMANDADO: EUDORO GARCIA RUIZ Y CARLOS
ALBERTO BUITRAGO**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020); previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Los señores **DANIRO AGUDELO VALENCIA, DANIRO AGUDELO PRADA Y JAIME AGUDELO VALENCIA**, actuando mediante apoderado judicial, instauraron demanda contra **EUDORO GARCIA RUIZ Y CARLOS ALBERTO BUITRAGO**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, el cual terminó sin justa causa. En consecuencia, solicitan el pago de prestaciones, vacaciones, aportes, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización por falta de pago, sanción por no consignación de cesantías, costas y agencias en derecho. (fls 237 al 290).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, no fueron remitidas por ninguna de las partes.

ANTECEDENTES

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, en síntesis, se afirmó: Que el demandante **DANIRO AGUDELO VALENCIA**, laboró de manera personal e ininterrumpida desde el 10 de enero de 2004 hasta el 5 de octubre de 2017, en los parqueaderos **LA COPENAL**, en virtud de un contrato verbal y a término indefinido, que su función era la de **ADMINISTRADOR**, que nunca se le adelantó un proceso disciplinario, que le terminaron el contrato sin justa causa el 5 de octubre de 2017, que el salario devengado era de \$3.000.000, el cual le era cancelado en la suma de \$100.000, que durante el transcurso de la relación laboral no le cancelaron prestaciones ni vacaciones. Que el señor **DANIRO AGUDELO PRADA**, laboró de manera ininterrumpida desde el 15 de agosto de 2013 hasta el 5 de octubre de 2017, mediante un contrato de trabajo verbal y a término indefinido, que las funciones eran de **VIGILANTE**, que el horario era de 17.00 a 8:00 de domingo a domingo, que nunca fue sancionado que el contrato terminó de mutuo acuerdo el 5 de octubre de 2017, que el salario devengado era de \$1.500.000, cancelados diariamente a razón de \$50.000, que nunca le pagaron, prestaciones, vacaciones ni aportes. Que el señor **JAIME AGUDELO VALENCIA**, laboró para los demandados mediante un contrato de trabajo verbal, que las funciones eran de **VIGILANTE**, que nunca fue sancionado, que le terminaron el contrato sin justa causa el 5 de octubre de 2017, que el salario devengado fue la suma de \$1.050.00, el cual era cancelado a razón d \$35.000 diarios, que no le cancelaron auxilio de transporte, ni prestaciones, ni vacaciones. (fls 237 al 290).

Los demandados contestaron la demanda, a través de apoderada, oponiéndose a las pretensiones por no encontrar respaldo en la realidad. Afirman que la relación fue comercial y que el señor Daniro Agudelo Valencia era socio del parqueadero y que con Daniro Agudelo Prada se celebró conciliación. En cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 5, 8, 13, 14, 15,16,17,18,19,20,22,23,24,25,26,33,34,35,36,38,39,40 y 41 al 46, negó los demás y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, pago y cobro de lo no debido. (fls 304 al 308, subsanación fls 338 y 339).

Tramitada la instancia la Juez, mediante sentencia de marzo 29 de 2019, **ABSOLVIÓ** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentadas por **DANIRO AGUDELO VALENCIA**. **DECLARÓ** que, entre los restantes demandantes, esto es **DANIRO AGUDELO PRADA Y JAIME AGUDELO VALENCIA** y el demandado **CARLOS ALBERTO BUITRAGO** existió contrato de trabajo verbal y en consecuencia lo **CONDENÓ** al pago de prestaciones vacaciones, indemnizaciones y pago de cálculo actuarial. **ABSOLVIÓ** al demandado **EUDORO RUIZ GARCIA** de todas las pretensiones. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de compensación y condenó en costas al demandado vencido en juicio. (fls 380 y SS).

Para llegar a esta conclusión, en síntesis, afirmó la Juez: “...el problema jurídico en este caso consiste primero en determinar si entre las partes existió o no un contrato de trabajo y como consecuencia de ello si hay lugar a impartir condena por las pretensiones incoadas en la demanda. A efectos de resolver lo anterior, lo primero será determinar la existencia de la relación laboral entre las partes en lo que respecta al demandante Daniro Agudelo Valencia. sea lo primero indicar que tratándose de la existencia del contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales a saber primero la actividad personal del trabajador segundo la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y el último de los elementos el salario como retribución del servicio reunido sus tres elementos en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón al nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esto es la prestación personal del servicio el legislador expresamente señalado en el artículo 24 de la misma normatividad la presunción de que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo la cual por ser legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario. En virtud de la presente la presunción el litigio no se encuentra resuelto en favor del trabajador pues del material probatorio que obre en el juicio el tendrá la capacidad para demostrar una y otra tesis encontrada. Descendiendo al caso que nos ocupa en lo que atañe al señor Daniro Agudelo Valencia al ser recepcionado su interrogatorio manifestó que conoce a los señores Carlos Alberto Buitrago y Eudoro Ruiz García desde hace aproximadamente 14 años que era el administrador del parqueadero Copenal por lo que atendiendo dicha condición, conseguía contrataba y pagaba a los empleados, cobraba llevaba cuentas de contabilidad en el libro para entregarle las cuentas a los señores Buitrago y Ruiz, cuidaba los elementos del parqueadero y se pagaba así mismo la suma de \$100.000 diarios, porque era el quien llevaba las cuentas, que dichos pagos se anotaban en un libro el cual a veces firmaba y a veces no, refirió también que no sostuvo ninguna relación comercial con Carlos Buitrago y el señor Ruiz y que a los empleados nunca se les afiliaba a seguridad social.

A su vez el señor Eudoro Ruiz García en su calidad demandado Indicó que conoce al señor Daniro Agudelo Valencia porque fue socio del señor Alberto Buitrago en el parqueadero la Copenal y que ello lo sabe porque Alberto es su cuñado. Aunque no estuvo presente en la negociación o en la conformación de dicha sociedad. Por su parte el Señor Carlos Alberto Buitrago Rodríguez manifestó que conoce al señor Daniro Agudelo Valencia desde hace aproximadamente del año 2004 en adelante, porque a él esto es al señor Daniro le tenían arrendado el parqueadero la Copenal, antes de que el Señor Carlos llegara lo cual ha aconteció como 3 años después de que Daniro tenía eso en arriendo. Refiere que la junta decidió quitarle el parqueadero señor Daniro y entregárselo a él, que luego ellos dos se hablaron y decidieron montar una sociedad sin que de ello haya documento, ni contrato alguno ya que eso fue de manera verbal. Indica que decidieron montar una sociedad que pagaba los empleados, pagaban los arriendos y lo que quedaba lo repartían en partes iguales. Se recepcionó el testimonio de Nelson Ricardo Castellanos, quién dijo conocer al Señor Daniro Agudelo Valencia desde hace diez o doce años ya que vivían en el mismo sector de patio bonito y que le consta que trabajaba en un parqueadero que tenía un nombre de buses, que cree que es la Copenal, lo sabe porque lo acompañó muchas veces allá, que eso fue en el lapso de unos 8 o 9 años, yendo cada 10 o cinco días a la semana. Indica que lo vio pagando los empleados, dirigiéndolos, organizándolos, también vio que llevaba un libro para las cuentas, por lo que varias veces le preguntó si él era dueño, a lo que respondió que no, que sólo era el administrador, también lo vio recibir y pagar plata. Menciona que no vio que alguien le indicará cómo debía pagar los empleados o cómo debía ser las cosas, que sólo veía al Señor Daniro organizar a los muchachos o que a veces iban a tomar tinto y luego el señor Daniro le pedía que lo acompañara donde alguna persona pagarle una plata. Que él era quién le daba las

instrucciones a su hijo y a Jaime, que también trabajaba en ese parqueadero el señor Serafín Castillo Sandoval. Manifestó que conoce al Señor Daniro porque guardaba su carro en el parqueadero La Coopenal, que se desempeña realizando acarreos, que en ocasiones su trabajo en acarreos estaba mal **por lo que a veces pedía turnos para trabajar en el parqueadero con el señor Daniro y con el señor Alberto que son socios, esto lo sabe porque al consultar a alguno de ellos cualquier situación la respuesta era lo que diga mi socio**, indica que cuando él estaba haciendo esos turnos Daniro Agudelo Valencia era quién le pagaba y cuando no estaba él le pagaba el otro socio Alberto Buitrago y que las instrucciones o la forma en la que debía desempeñar su trabajo se lo decía en el señor Daniro y el señor Alberto quienes tuvieron el parqueadero. Refiere que conoce al Señor Eudoro Ruiz García porque eran amigos y como el parqueadero no tenía cuerda, a veces se pasaban a charlar, que no veía que señores Eudoro subordinara ninguno de los trabajadores del parqueadero y que no era su jefe porque el señor Eudoro mandaba en su parte y el señor Daniro y Alberto en la de ellos. Por su parte el Señor Carlos Arturo Pérez Castañeda, refirió Que conoció al Señor Valencia porque guardaba su camión en el parqueadero La Coopenal como desde el 2004 a 2005 hasta el año 2016 más o menos, que le queda cerca de su casa que cuando guardaba su carro Don Daniro era quién le abría la puerta y al otro día se lo entregaba, el hijo de don Daniro o Jaime que llegaba a sacar el carro como a las 7:30 u 8:00 de la mañana y que lo dejaba a las 5:30 de la tarde que esto lo realizó todos los días, por aproximadamente 11 años. Que el señor Daniro padre e hijo y Jaime portaban un carnet refiere que al principio pensó que el señor Daniro era el dueño del parqueadero, pero que con el tiempo tomaron confianza y le contó que él era el administrador. El señor Aníbal Gálvez Betancourt narró que trabajó por un período de 4 años como del 2014 al 2017 con el señor Daniro Agudelo Valencia y Alberto Buitrago, que eran socios en el parqueadero La Coopenal donde laboró como celador de noche, que le cancelaban los socios y luego se repartían la plata, indica que lo que debía ser y los horarios, se los daban los socios o el hijo del señor Daniro y que los socios eran quienes impartían las órdenes a los empleados, señala también que sólo conoce al Señor Daniro y el señor Alberto que son socios, porque trabajó 4 años con ellos, que nunca estuvo presente cuando se asociaron tampoco sabe cómo repartían las ganancias aunque supone que en partes iguales. Finalmente el testigo Darío Rivera López, narró que hace como unos tres años laboró con el señor Daniro con el señor Alberto que hacía un turno con Alberto y al otro día con Daniro, que su sueldo es de \$25000 se lo pagaba él que estuviera bien fuera Daniro o Alberto, **quiénes eran socios del parqueadero donde trabajaba en ese tiempo**, que conoce al señor Eudoro Ruiz porque el parqueadero donde ellos trabajaban es un parqueadero dividido y en una parte trabaja el señor Eudoro y en la otra señor Daniro y el señor Alberto siendo estos últimos dos los que le daban las instrucciones para laborar. Indica que los propietarios del parqueadero La Coopenal son los señores Alberto y Eudoro, ya que ellos son arrendatarios y le pagaban a la junta de acción comunal.

Pues bien, del anterior material probatorio en primer lugar encuentra el juzgado, que no fue probado de manera alguna que entre los señores Daniro Agudelo Valencia y Carlos Alberto Buitrago existiera una sociedad a efectos de explotar el parqueadero llamado La Coopena., Si bien algunos de los testigos indicaron que estos señores eran socios, todos coincidieron en manifestar que no estuvieron presentes al momento en el que se conformó dicha sociedad, que tampoco conocían con certeza la forma en la cual se repartirán las ganancias los presuntos socios.

En segundo lugar con los testimonios recaudados se probó la prestación personal del servicio del señor Daniro Agudelo Valencia en el parqueadero La Coopenal, ya que como lo indicaron los testimonios de los señores Nelson Ricardo Castellanos, Carlos Arturo Pérez Castañeda y Darío Rivera López el señor Daniro Agudelo Valencia, dirigía empleados, pagaba cuentas, recibía dinero, abría la puerta del parqueadero cuando iban a guardar los carros y mandaba la gente. Además, que en ocasiones hacía turnos como la manifestó el testigo Rivera López.

En tercer lugar, el señor Eudoro Ruiz García no tenía injerencia alguna en las funciones que realizaba el señor Daniro Agudelo Valencia en el mentado parqueadero, pues los testimonios de Serafín Castillo Sandoval y Darío Rivera López, fueron coincidentes en manifestar que el parqueadero La Coopenal estaba dividido en dos partes, una manejada por el señor Eudoro Ruiz García y otra por Alberto Buitrago y Daniro Valencia. Que el señor Eudoro administraba su parte sin que ninguno de los testigos hubiese indicado que este le daba órdenes o instrucciones al Señor Valencia Agudelo. Finalmente el parqueadero La Coopenal es de los señores Carlos Alberto Buitrago y Eudoro Ruiz García y que él mismo se encuentra dividido en dos partes, como lo manifestó el señor Buitrago al rendir su interrogatorio de parte.

Así las cosas, con las pruebas antes referidas se encuentra probada la prestación del servicio por parte del señor Daniro Agudelo Valencia para el Señor Carlos Alberto Buitrago, pues al estar dividido el parqueadero en dos partes y haber realizado funciones en la parte que le correspondía al señor Buitrago, quedó acreditado dicha situación. Conforme lo anterior encontrándose probada la prestación del servicio entre el señor Daniro Agudelo Valencia y el Señor Carlos Alberto Buitrago procede el juzgado a establecer si la parte demandada logró desvirtuar la presunción demostrando que la prestación del servicio del demandante fue autónoma con ausencia de subordinación. Frente a este tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral, ha indicado que este elemento constituye uno de los principales en la relación laboral, entendida como un poder jurídico permanente del que es titular el empleador, para dirigir la actividad laboral del trabajador a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos. El despacho encuentra que dentro de esa relación hubiese mediado el elemento de la subordinación, no obra documental alguna que dé cuenta que al Señor Daniro Agudelo Valencia le fueran impartidas órdenes, o que se le impusieran reglamentos. Adicionalmente los testigos mencionaron que no presenciaron que alguna persona le impartiera órdenes e instrucciones de cómo realizar su trabajo al señor Daniro Agudelo Valencia. Incluso el señor Nelson Ricardo Castellanos Indicó que Daniro “manejaba a todo el mundo y no era de los que tenía que cumplir un horario” además que ninguno de los testigos presenció la forma y monto de pago del presunto salario del señor Daniro, razón por la cual para el despacho no existe certeza de que al señor Daniro Agudelo Valencia le fueron impartidas órdenes en lo relativo a cómo debía realizar sus funciones o cumplir con las obligaciones de su cargo, además que no fueron probados los extremos temporales de la presunta relación su jornada laboral y el monto del salario que adujo haber percibido, por lo que se reitera el relato de ninguno de los deponentes ofrece la certeza de que haya habido una subordinación del demandante Daniro Agudelo Valencia del demandado Carlos Alberto Buitrago hacia el Señor Daniro Agudelo Valencia. Consecuencia de lo anterior y al no haberse demostrado la prestación personal del servicio para el señor Eudoro Ruiz García y la configuración del elemento de subordinación frente al Señor Carlos Alberto Buitrago forzoso resulta absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor Daniro Agudelo Valencia.

En cuanto a los señores Danilo Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia sea lo primero indicar que no fue probado que éstos hubieran prestado servicio alguno a favor del señor Eudoro Ruiz García no sé probo que el demandando Ruiz García tuviera injerencia alguna de las funciones que realizaban los mencionados accionantes, pues los testimonios de Serafín Castillo Sandoval y Darío Rivera López fueron coincidentes en manifestar que el parqueadero la coopenal estaba dividido en dos partes una manejada por el señor Eudoro Ruiz García y otra por el señor Alberto Buitrago y Daniro Valencia, que el señor Eudoro administraba su parte sin que ninguno de los testigos hubiese indicado que este le daba órdenes o instrucciones a los demandantes. De hecho, varios de los testigos indicaron que no conocían al señor Ruiz García, por lo que se impondrá la absolución del señor Eudoro Ruiz García de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los señores Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia.

De otro lado, observa el despacho que el interrogatorio de parte rendido por el Señor Carlos Alberto Buitrago éste aceptó la existencia de una relación laboral con los señores Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia, ya que en el mismo al ser cuestionado sobre si conoce a los demandantes indicó que a Daniro lo conoce ya que “era empleado como desde mediados del 2013 y trabajo como hasta el 5 de octubre 2017” y en cuanto a Jaime Indicó que también le conoce ya que “ese parqueadero sólo funcionaba de 5 de la tarde a 8 de la mañana” y que posteriormente después de un cerramiento que le efectuó al inmueble la junta, ese parqueadero empezó a funcionar las 24 horas del día a partir de mediados de junio de 2016 entonces a raíz de eso Jaime Agudelo empezó a trabajar con nosotros encontrándose así entonces aceptada la existencia del vínculo laboral que los unió.

En cuanto a los extremos temporales de dichas relaciones laborales en lo que se refiere al Señor Daniro Agudelo Prada coinciden las partes en afirmar que la relación laboral finalizó el 5 de octubre del año 2017. En cuanto al extremo inicial el demandante indica que fue el 15 de agosto de 2013 y el demandado al absorber interrogatorio señaló que la misma había iniciado a mediados del año 2013, por lo que encuentra el despacho coherencia en cuanto al año de inicio y aunque el demandado no recuerda específicamente la fecha de inicio, si menciona que fue desde mediados de dicho año lo que se acompasa con la fecha indicada por el señor Agudelo Prada. En cuanto al Señor Jaime Agudelo Valencia se tiene que el demandado Carlos Alberto Buitrago en el interrogatorio de parte indicó, que a raíz de que el parqueadero La Coopenal empezó a funcionar las 24 horas del día a partir de mediados de junio del año 2016, fue por ello que Jaime comenzó a laborar allí, sin que exista prueba alguna que demuestre que fue otra la fecha de iniciación de labores del señor Jaime Agudelo Valencia por lo que se tendrá como tal el día 15 de junio del año 2016 y fecha de finalización 16 de octubre del año 2017, fecha indicada por el demandante Jaime Agudelo en el interrogatorio de parte. Por lo anterior habrá que declararse que entre el señor Daniro Agudelo Prada y el Señor Carlos Alberto Buitrago existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido que tuvo inicio el 15 de agosto de 2013 y Finalizó el 5 de octubre de 2017 y que entre el Señor Carlos Alberto Buitrago y Jaime Agudelo Valencia existe un contrato de trabajo verbal a término indefinido que tuvo inicio el 15 de junio de 2016 y Finalizó el 16 de octubre de 2017. En lo que a salario se refiere el demandante Carlos Alberto Buitrago aceptó que el señor Daniro Agudelo Prada se le pagaba la suma de \$40.000 pesos diarios y a Jaime Agudelo Valencia la suma de \$35.000 diarios por lo que no encontrando prueba que refute dicha confesión, se tendrá como salario mensual la suma de \$1.200.000 para señor Danilo Agudelo Prada y para el señor Jaime Agudelo Valencia la suma de \$1050000. Encontrándose acreditada la relación laboral sus extremos temporales y el salario procede el despacho a resolver lo referente en el pago de prestaciones sociales y vacaciones indicando que fue aceptado por el Señor Carlos Alberto Buitrago en su interrogatorio de parte que al Señor Daniro Agudelo y Jaime Agudelo Valencia no le fueron canceladas prestaciones y tampoco vacaciones además brilla por su ausencia documento alguno Que dé cuenta del pago de dichos rubros por ello habrá de condenarse al Señor Carlos Alberto Buitrago así, para señor Daniro Agudelo Prada, prima 4.983.333 pesos cesantías 4.983.333 intereses a las cesantías 538.414 vacaciones 2491667 para el señor Jaime Agudelo Valencia prima \$1529769 cesantías \$1529769 intereses a las cesantías 128.368 vacaciones 710.208, aportes al sistema de seguridad social integral salud y riesgos laborales en relación con esta temática la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral ha considerado que el trabajador no le es dable solicitar que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador Además tal y como fue indicado en sentencia SL 3009 de 2017 “(...)” Por lo antes expuesto como quiera que en ese asunto los demandantes Jaime Agudelo Valencia y Daniro Agudelo Prada no acreditaron que se hubiere producido daño perjuicio alguno por la falta de afiliación como tampoco que se hubiere dado erogación alguna por su parte por estos conceptos no queda solución diferente a la de absolver los demandados por esos conceptos pensión de conformidad con el artículo 15 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo tercero de la ley 797 del año 2003 son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo y el artículo 17 de la misma normatividad dispone la

obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones así las cosas al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre los demandantes Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia con el Señor Carlos Alberto Buitrago era obligación del segundo la afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social en pensiones por lo anterior teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado los demandantes antes mencionados a un fondo de pensiones, resulta condenar al Señor Carlos Alberto Buitrago Rodríguez a realizar la afiliación de los señores Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia al fondo de pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que Determine dicho fondo en pensiones así para el señor Daniro Agudelo desde el 15 de agosto de 2013 y hasta el 5 de octubre 2017 teniendo como salario base de liquidación la suma de \$1200000 para el señor Jaime Agudelo Valencia desde el 15 de junio de 2016 al 16 de octubre del año 2017 teniendo como salario base de liquidación la suma de 1050000 aportes parafiscales frente al particular a de indicarse que esa pretensión se encuentra llamada a fracasar como quiera que el trabajador no puede exigir que se le pagué directamente lo dejado de pagar por concepto de aportes parafiscales teniendo en cuenta que los mismos no le corresponden al trabajador indemnizaciones de los artículos 65 del código sustantivo del trabajo y sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990 en lo relativo a estas dos clases de indemnizaciones es criterio de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador sentencias SL 11436 de 2016 para determinar si hubo buena o mala fe en la actuación del empleador se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral que se supone es el momento en el que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador. En el caso concreto la buena fe no fue demostrada pues como en precedencia se dijo lo que verdaderamente existió entre las partes fue un contrato de trabajo sin que a la fecha de la terminación del mismo le hubiesen cancelado a los trabajadores las prestaciones a las que tenían derecho, siendo el demandado Carlos Alberto Buitrago conocedor de las condiciones laborales de los trabajadores Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia de manera que pretender disfrazar la relación laboral no lo exonera de tal sanción así las cosas a indicarse que la artículo 65 del código sustantivo del trabajo ha interpretado ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia Como por ejemplo en sentencia SL 1720 de 2018 para indicar la manera de liquidación de esta indemnización del artículo 65 así las cosas procedentes resulta condenar al demandado Carlos Alberto Buitrago a pagar a los actores Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia la indemnización De qué trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y como quiera que la demanda fue presentada el 17 de noviembre 2017 tal y como se evidencia en el acta de reparto visible a folio 209 esto es antes de vencerse los 24 meses desde que Finalizó el contrato se condenará al pago así en favor del señor Daniro Agudelo Prada una suma diaria de 40.000 pesos desde el 6 de octubre del año 2017 hasta el 5 de octubre del año 2019 o hasta cuando el pago de las condenas se verifique y en caso de que ello no suceda a partir del 6 de octubre del año 2019 y hasta cuando el pago de las condenas se verifique se condena al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libres asignación certificados por la superintendencia financiera en favor del señor Jaime Agudelo Valencia una suma diaria de \$35000 desde el 17 de octubre 2017 hasta el 17 de octubre de 2019 o hasta cuando el pago de las condenas se verifique y en caso de que ello no suceda a partir del 18 de octubre 2019 y hasta cuando el pago Se verifique se condena a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera sanción por la no consignación de las cesantías, de qué trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990. También ha señalado la máxima corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral que la misma no opera de manera automática y que hay que mirar también la buena o mala fe la misma corporación desde providencia del 27 de marzo de 2001, señaló que la sanción por no consignación de cesantías. cesa cuando surge la indemnización moratoria.

Frente a la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral ya que la obligación que se origina a partir de ese momento no es la de consignar las cesantías a un fondo escogido por el trabajador si no la de entregarle al trabajador junto con los demás salarios y prestaciones sociales las mismas en ese orden encuentra el juzgado que la sanción moratoria respecto de la no consignación o pago del auxilio de cesantías es solamente predicable de las cesantías del señor Daniro Agudelo Prada de los años 2013 a 2016 y el señor Jaime Agudelo Valencia del año 2016 para que ella del año 2017 a la fecha de finalización de la relación laboral no había surgido la obligación para el empleador de consignar las cesantías a un fondo para dicho periodo lo que debió efectuarse era su cancelación al momento del fenecimiento de la relación laboral en consecuencia no estar demostrada la buena fe del demandado Carlos Alberto Buitrago se condenará a pagar a los demandantes las siguientes sumas para el señor Daniro Agudelo Prada por la no consignación de cesantías en los años 2013 a 2016 la suma de 52.520.000 pesos para Jaime Agudelo Valencia por la no consignación de las cesantías causadas en el año 2016 al fondo por la suma de \$8.505.000 se ordenara al pago de la indexación de las vacaciones como quiera que no está cubierta por indemnización moratoria como quiera que el señor Jaime Agudelo Valencia solicitan la demanda el pago de las dotaciones El auxilio de transporte y la indemnización por despido sin justa causa procede el juzgado manifestarse sobre dichos conceptos únicamente frente al Señor Jaime Agudelo Valencia en los siguientes términos compensación en dinero de la dotación y calzado de calzado y vestido de labor en relación con esta prestación Social es criterio de la Corte Suprema de Justicia Como por ejemplo sentencia SL 10400 de 1998 “(...)” en el presente caso no se cuantificó el valor de las dotaciones que le correspondían al Señor Jaime Agudelo Valencia ni tampoco se aportó al plenario prueba que demostrar el valor comercial del calzado y vestido de labor y no se estableció el valor de los perjuicios ocasionados razón por la cual ha de absolverse de esta pretensión, auxilio de transporte frente al mismo se accederá como quiera que un trabajador tiene derecho al mismo cuando su salario mensual es de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes o menos situación que se presenta con el señor Jaime Agudelo Valencia pues como quedó probado devengo la suma de \$1050000 que para los años 2016 y 2017 correspondía a menos de dos salarios mínimos así las cosas el demandado Carlos Alberto Buitrago será condenado a pagar a favor de Jaime Agudelo Valencia por este concepto la suma de 1312227 indemnización por terminación sin justa causa frente al particular ha de indicarse que reiteradas oportunidad de la Corte Suprema de Justicia se ha referido sobre la carga de la prueba sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causas o hechos que motivaron la decisión Y corresponde a la demandada en este caso brilla por su ausencia prueba alguna que demuestra el hecho del despido carga que le correspondía al demandante y es por ello que sin mayores disquisiciones se absolver esta pretensión al Señor Carlos Alberto Buitrago, compensación teniendo en cuenta que el demandante Daniro Agudelo al rendir interrogatorio de parte aceptó que recibió la suma de \$3000000 del Señor Carlos Alberto Buitrago por la conciliación entre ellos suscrita y que pretendía finalizar cualquier conflicto suscitado por la prestación de servicios realizadas por el señor Agudelo Prada como quiera que conforme se probó lo realmente lo que realmente aconteció correspondió a una relación laboral se autoriza a descontar dicho valor de las condenas que se impongan costas en esta instancia a cargo del Señor Carlos Alberto Buitrago y en favor del señor Daniro Agudelo Prada y Jaime Agudelo Valencia se fija cómo agencias en derecho la suma de \$1000000....”

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso así: “... Me permito interponer recurso de apelación de manera parcial para que se revoque el numeral primero de la decisión por usted preferida en todo lo que tiene que hace relación con el demandante Daniro Agudelo Valencia. Procedo a manifestar el porqué de las diferencias y el sustento de mi recurso, manifestando que el H. Tribunal Superior de Bogotá sala laboral en los argumentos aquí expuestos. Primero llama la atención a esta defensa que pese a no estar desvirtuadas la prestación personal del servicio por parte del demandante Daniro Agudelo pese a

estar si demostrada la prestación personal del servicio pese a que está probada con testimoniales, con la documental obrante en el proceso que el propietario del establecimiento del cual era administrador mi prohijado era el Señor Carlos Alberto Buitrago demandado y hoy condenado por su señoría, también está demostrado que el mismo era el titular arrendatario del contrato de arrendamiento donde operaba su establecimiento de comercio. del cual era el administrador mi prohijado el señor Agudelo Valencia. Pero llama más la atención su señoría que resulta que las declaraciones de los interrogatorios de los testimonios de la documental quedó completamente claro que el señor Daniro Agudelo Valencia, en su condición de administrador ejecutaba ciertas labores entre esas estaban y así lo manifestó usted al inicio de su intervención, el contratar el pagar el direccionar el administrar y llevar cuentas y a nombre de quién resulta condenado como empleador y quién es el empleador? el Señor Carlos Alberto Buitrago y por qué resultó condenado el empleador porque se probó la prestación personal del servicio y la remuneración y la subordinación que no se prueba la subordinación su señoría manifiesta usted en la decisión frente a mi mandante claro que sí está probada, su señoría resulta que está probada en las condiciones del cargo para el que fue contratado, mi prohijado era el administrador, **esto no implica que el administrador tenga que tener una subordinación no estoy diciendo que no sea permanente si no que no estoy diciendo que tengo que ser segundo a segundo**, pues precisamente su cargo lo que indica es que como representante del empleador siendo su administrador, es el jefe máximo del establecimiento de comercio y efectivamente le rinde las cuentas a su verdadero patrón. En el momento en que se reúnen y se le entregan las platas y se les cancelan, pero si llama la atención acá que se condene al Señor Carlos Alberto Buitrago como empleador de 2 de sus trabajadores, frente a los cuales el administrador del establecimiento propiedad del condenado ejercía efectivamente las funciones de administrador. Por otro lado, su señoría está más que claro que si el cargo prestado por el señor Daniro Agudelo Valencia era el de administrador, si bien es cierto **se evidencia por todo en el cuaderno y así lo aceptó la demandada incluso en los alegatos de conclusión lo señaló, donde efectivamente se demuestra cuando se rinde cuentas que el señor Danilo Agudelo Valencia obtenía como retribución la suma de \$100.000 pesos diarios lo que equivaldría a \$3.000.000 de pesos mensuales**. Pero peor más aun su señoría si quisiéramos desvirtuar eso está plenamente claro demostrado que una vez surge la prestación personal del servicio pues tiene que surgir la remuneración de lo contrario quien estaría incumpliendo si no hay pago es nuevamente el empleador en este caso el señor Carlos Buitrago. No resta si no decir su señoría que ruego al H Tribunal que una vez verificado el material probatorio obrante en la foliatura específicamente titular del establecimiento de Comercio propietario el Señor Carlos Alberto Buitrago, administrador del establecimiento de comercio ahí está la documental no solo la que decía vigilantes de las dos personas que salieron beneficiadas con la sentencia sino con el señor Danilo Agudelo Valencia, que era su administrador documento que no fue tachado de falso. segundo su señoría quien era el titular del contrato de arrendamiento donde operaba el establecimiento de comercio lo que permite claramente señalar que efectivamente el señor Daniro Agudelo Valencia era un subordinado del demandado, en tercer lugar su señoría probar que efectivamente en el cuaderno en medio de la informalidad en que se llevaba este tipo de negocio al punto que ni se paga seguridad social ni prestaciones sociales está demostrado y así lo dijo en la parte demandada la relación de cuentas en la cuales queda evidenciado que la remuneración de mi cliente eran \$100.000 pesos diarios consecuencia ruego al H. Tribunal se sirva revocar parcialmente la sentencia y acceder a lo pretendido en cuanto al señor Daniro Agudelo Valencia en lo demás se sirva confirmar..."

CONSIDERACIONES

El asunto a definir en estricto cumplimiento del art 66 A del C P del T y de la S.S, es **únicamente lo relativo al numeral primero de la sentencia en cuanto absolvió a**

los demandados de las pretensiones incoadas por el señor DANIRO AGUDELO VALENCIA.

La juez de primera instancia **ABSOLVIÓ** de estas prestaciones luego de analizar las pruebas y aunque encontró acreditada la prestación de servicios, encontró que no era una relación subordinada, es decir que no se dio el segundo elemento esencial previsto en el artículo 23 del CST, conclusión que se itera, luego de analizar las pruebas, esto es declaraciones, de testigos, e interrogatorio de parte.

El eje central entonces es establecer la existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo**, hecho en el que insiste el recurrente; mientras que el A-Quo, consideró que si bien se había demostrado en el proceso la prestación del servicio no se demostró que estos fueran subordinados bajo la dependencia de los demandados quedando desvirtuada la presunción establecida en el art 24 del CST, sobre el contrato de trabajo.

Aduce el recurrente que no es necesario que la subordinación sea en sus palabras segundo a segundo, y que su cargo implica esa por decirlo de alguna manera autonomía en el manejo de dineros, insistiendo que con el cuaderno aportado se prueba el salario de \$100.000 diarios y otras circunstancias propias del contrato de trabajo.

Al respecto es importante antes de referirnos a las pruebas, señalar, como también indicó la Juez de primera instancia, que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Y el último de los elementos es el salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos, señala el artículo 23 del CST, se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que, por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, **o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.**

Atendiendo ahora si a los medios de prueba traídos al proceso encontramos, como indicó la Juez que la prestación del servicio fue debidamente demostrada, es más ni siquiera negada por la demandada, quien la labor del demandante desde la contestación de la demanda, pero asegurando que fue bajo la relación **de sociedad comercial que existía entre ellos.**

No obstante, comparte la Sala el análisis de la Juez, al respecto, pues todas las declaraciones de los testigos coinciden al señalar, como ejercía dicha función el demandante, incluso señalando uno de ellos que creía que era el dueño y que se lo preguntó en alguna ocasión. Todos los testigos indican, que era el señor DANIRO AGUDELO VALENCIA, el que actuaba como lo haría un propietario o por qué no decirlo, socio, aunque si bien es cierto no hay un contrato escrito de sociedad, si de la forma autónoma en que desarrollaba la labor, sin que tuviera que obedecer órdenes, instrucciones ni menos aún cumplir un horario.

Ahora, que el salario fuese de \$100.000 diarios, no hay prueba tampoco de ello, más que la manifestación que hace la parte actora, toda vez que los testigos señalan que no saben qué era lo que el dejaba para él, pues nótese que los demandados no le cancelaban y esto si está acreditado por confesión, pues la confesión, no podemos olvidar solo se tiene, en cuanto a hechos que no favorecen a la parte que la hace, y es claro que el demandante en el interrogatorio, dijo que el mismo se pagaba, porque él era quien manejaba el dinero, quien llevaba y anotaba a veces en el cuaderno lo que se recibía.

De otra parte, señala el recurrente que en el cuaderno aportado y que aparece en el expediente a folio 93 y siguientes, es prueba del salario cancelado en la suma indicada, esto es \$100.000, mensuales, es decir, \$3000.000 mensuales; siendo válido anotar, que una vez revisado el mismo, no es más que una serie de anotaciones numéricas sin que se tenga certeza de quien las hace y en donde se indican nombres o apodos al parecer tales, como “tocayo” “nacho” etc; conceptos como “colchones” , “moto” etc, sin que pueda este cuaderno probar nada de lo que el

recurrente señala menos aún un salario asignado por los demandados al señor AGUDELO VALENCIA.

Afirma también el recurrente que existe un contrato de arrendamiento que no fue valorado y que acredita la subordinación de demandante AGUDELO VALENCIA. Estos contratos, pues son varios, aparecen a folios 341 y siguientes y efectivamente; eso es cierto, fueron celebrados entre los acá demandados y la junta de acción comunal del barrio Las Brisas, localidad de Kennedy, desde el 2011; lo que no es cierto es que con ellos se pueda establecer el contrato de trabajo con el demandante y menos aún y en eso también le asiste razón a la Juez de primera instancia, en los extremos indicados en la demanda, es decir desde el 10 de enero de 2004

Con esta documental se prueba sí que los demandados pagaban un arriendo para utilizar un terreno como parqueadero y en ese orden fue que la Juez encontró demostrados los contratos de trabajo con los otros dos demandantes, equivocándose también el recurrente al pretender que esa declaración, es prueba del contrato de señor AGUDELO VALENCIA, pues no se hay una extensión probatoria, como al parecer pretende el apelante ya que las condiciones de esta prestación de servicios, es individual.

Encuentra además el despacho que lo concluido en cuanto a la inexistencia de contrato de trabajo para este caso, puede fácilmente corroborarse con el análisis, no solo de las declaraciones que hizo la Juez, sino con la documental, que aparece a folios 309 a 311, esto es el acta de reunión que realizó la junta de acción comunal el 14 de octubre de 2017, en donde como tema del orden del día, se contemplaba el del “parqueadero” y a la que asistieron demandados y demandante y en la que se lee: *“..Don danilo (sic), dice que él fue el primero que tomó el parqueadero, y que luego se hizo un convenio donde el entró como socio de los señores del parqueadero, aclara que no hay ningún documento y que el parqueadero está dividido en 2 partes, y que él empezó la sociedad es con don Alberto”.*

En ese documento se expresa además como el actor expresa que la paga \$1.190.000 de arriendo porque es lo que le toca, la mitad, por la sociedad y luego refieren unos problemas entre los que figuran como arrendatarios y el demandante, a lo que responde la junta que esos problemas deben arreglarlos ellos, que no hay ninguna cláusula de subarriendo y que no tienen compromiso con el demandante “

Este documento tiene firmas y sellos de la Junta Comunal en mención y resulta ser un indicio favorable al argumento de la demandada, sobre la sociedad entre los demandados y este actor, unido a lo afirmado por uno de los demandados en interrogatorio de parte, señor EUDORO RUIZ GARCIA, quien señaló lo mismo que se

dice dijo el actor en la reunión de la junta, esto es que él fue quien primero tenía el parqueadero, pero que luego la junta se lo dio a los demandados y que entonces decidieron hacer la sociedad.

Finalmente, llama la atención de la Sala y solo para corroborar lo dicho, esto es que no puede derivarse la existencia de un contrato de trabajo por pruebas como las que señala el recurrente; - sino aquellas que se dan en la realidad, principio rector del derecho laboral-; que la parte actora presenta una copia simple de un carné, en donde se dice es administrador del parqueadero La Comunal y la demandada de igual forma uno en que se describe como administrador al señor Carlos Alberto Buitrago, quien es demandado y quien aparece como arrendatario en nos contratos celebrados desde 2011, lo que solo apoya, junto a las demás pruebas, la conclusión de haber quedado desvirtuada la presunción del contrato de trabajo. (ver folios y 37 314).

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, la Sala concluye que le asiste razón al Juez de primera instancia y que con las pruebas obrantes en el expediente se puede determinar que la presunción está se itera plenamente desvirtuada, sin olvidar que de vieja data la H Corte respecto de la Subordinación Jurídica, ha señalado entre otras en sentencia como la radicada bajo el No. 23805 de 10 de marzo de 2005. M.P. Doctor Camilo Tarquino:

“La subordinación laboral que caracteriza el contrato de trabajo y que debe demostrarse cuando se pretenda aducir la condición de trabajador dependiente, es aquella que corresponde, según criterios doctrinarios y jurisprudenciales, a ese poder jurídico permanente del empleador para dirigir el oficio laboral del trabajador, mediante órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, respecto a la manera como éste debe realizar las funciones y acatar las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa. De suerte que en tal ejercicio se destaca, no sólo el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de su organización”.

Bajo esa óptica, se insiste, en este caso la realidad probatoria analizada arroja fundados elementos para entender que la prestación de servicios que realizó el actor al demandado estuvo caracterizada por ser independiente autónoma y alejada de una continuada subordinación o dependencia propia de los contratos de trabajo.

Y es que debe reiterarse que la subordinación jurídica propia de la relación laboral entraña una realidad que trasciende el mero señalamiento de directrices, horarios, la asignación de elementos de trabajo, lo cual, si bien es cierto son características presentes en una relación de estirpe laboral, no en todos los casos, indefectiblemente, pueden tenerse como plena prueba de su existencia y que en este caso ni siquiera se acreditaron, siendo entonces en este caso ajeno al laboral y que aún si en gracia de discusión llegásemos a aceptarlo, tampoco daría lugar a condena alguna ante la falta de prueba de los extremos señalados en la demanda.

En este orden de ideas, forzoso concluir en la confirmación de la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por edicto según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Bogotá

SALA LABORAL

Radicado N° 03-2019 100 01.

DTE: LUZ MARINA PEREIRA

Demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES

Se reconoce personería adjetiva al Dr. **MICHAEL CORTAZAR CAMELO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 de Bogotá, y T.P. No. 289.256 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte demandada, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepción por vía correo electrónico, los de la parte actora.

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido el 28 de agosto de 2019, por el Juez Tercero Laboral del Circuito, dando el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

ANTECEDENTES

El proceso estuvo encaminado a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor LUIS ALBERTO GUZMAN VALDERRAMA, a partir del 18 de enero de 2005 debidamente indexada; al pago de los intereses moratorios establecidos en el art, 141 de la ley 100 de 1993 y las costas del proceso. (fl.7)

Como fundamento de sus pretensiones señala:

- Que LUIS ALBERTO GUZMAN VALDERRAMA, nació el 14 de agosto de 1953.
- Que el señor GUZMAN VALDERRAMA, falleció el 17 de enero de 2005 y para dicha data contaba con 523 semanas de cotización.
- Que para el momento de su fallecimiento, se encontraba cobijado por el régimen de transición, ya que contaba con más de 40 años de edad para el 1 de abril de 1994.
- Que el día 3 de octubre de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge, la cual fue negada mediante resolución No. SUB 295079 del 14 de noviembre de 2018, por lo que interpuso los recursos de ley y la demandada expidió la resolución No. DIR 21749 del 18 de diciembre de 2018, en la que la confirmó en su totalidad el anterior acto administrativo. (fl.- 5-6)

CONTESTACIONES

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptando los hechos contenidos en numerales 1 a 3, 8, 10 y 11, para los demás señaló que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó

prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl.- 31 - 38).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia ABSOLVIÓ a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.- 61)

Argumentó el Juez *a quo* que:

“Se procede a dictar la siguiente sentencia, la señora LUZ MARINA PEREIRA, por medio de apoderado judicial presento demanda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, para que previo a los trámites de un Proceso Ordinario de Primera Instancia, se condene a Colpensiones, al reconocimiento y pago de la Pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor LUIS LABERTO GUZMAN VALDERRAMA, en favor de la demandante LUZ MARINA PEREIRA, como consecuencia se condene a la demandada al pago en favor de la demandante el pago de mesadas pensionales, desde el día siguiente al fallecimiento del causante es decir desde el 18 de enero de 2005, debidamente indexadas, o ajustadas con base en el IPC, así como al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento fácticos se enlisto ocho hechos en el escrito inaugural de la demanda, admitida esa demanda por reunir los requisitos legales, del Artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, se ordenó correr traslado de la misma a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la cual guardo silencio frente a este asunto con base a la facultad discrecional que le asiste para participar o no participar en esta clase de procesos. De igual manera notificado del auto admisorio de la demanda Colpensiones, contesto la misma oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento de que la demandante solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación a una ley que no se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante, ni tampoco le era aplicable la Norma inmediatamente anterior. Propuso en su defensa excepciones las que denomino, prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, presunción de legalidad de los Actos Legislativos,

Previas convocatorias del despacho se llevaron a cabo todas y cada una de las etapas correspondientes al artículo 77 del Código de Trabajo y de la Seguridad Social, culminadas las mismas se les convoco a la Audiencia de Tramitarse y Juzgamiento, para efectos de la práctica de la prueba hasta llegar hasta el cierre del debate probatorio en la hora que antecedió en firme este auto, se les convoco a la Audiencia de Juzgamiento.

De manera que en la presente causa se cumplió todos los presupuestos de la acción, como de la demanda y del proceso sin que exista ninguna causal de nulidad, razón por la cual se procede a resolver de fondo la controversia, previa a las siguientes consideraciones:

Recordemos que en el presente asunto, la parte accionante solicita el reconocimiento y pago de la Pensión de Sobrevivientes, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 a partir del 18 de enero del año 2005, con ocasión de la muerte del señor LUIS LABERTO GUZMAN VALDERRAMA QEP, pues señala allí en el escrito inaugural que al momento en que este falleció, se encontraba acobijado por el Régimen de Transacción de la ley 100 de 1993, ya que contaba con más de 40 años de edad, al momento de entrar en vigencia de esta Norma. De la misma manera solicita entonces como consecuencia el pago de la indexación e intereses moratorios, a lo cual se opone la parte demandada, al considerar que, en el momento de la muerte del fallecimiento del causante no se llenaban los requisitos para efectos de acceder a esa Pensión de Sobrevivientes, en ese orden de ideas al revisar tanto el escrito de la demanda como la contestación de la demanda, y las demás pruebas allegadas al proceso, al igual que la intervención de los apoderados al momento de los alegatos de conclusión se puede concluir que se encuentra por fuera del debate, en primer lugar que el causante LUIS LABERTO GUZMAN VALDERRAMA, estuvo afiliado y cotizando, durante su vida laboral al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, así fue admitido por la demandada al pronunciarse frente al hecho tercero del escrito de la demanda, además de encontrarse acreditado con las diferentes Resoluciones emitidas por la misma parte pasiva, obrantes a folios 18 y 28 del expediente, de la misma forma se encuentra plenamente acreditado en el expediente, la demandante LUS MARINA PEREIRA ostentaba la calidad de compañera permanente del causante pues así lo manifestó la hermana de este, ELSA JANETH GUZMAN VALDERRAMA, mediante declaración extra juicio ante Notaria 69 el Circulo de Bogotá, en la cual indico que su hermano y la aquí demandante compartieron techo, lecho y mesa, de manera ininterrumpida y permanente desde el 3 de noviembre de 1993, hasta el momento de la fecha de su fallecimiento, tan es así que la entidad demandada Colpensiones, también incluso al contestar el hecho 6° de la demanda señaló que no niega la calidad de compañera permanente de la aquí demandante LAUMARINA PEREIRA, tampoco es materia de discusión que dicho asegurado falleció el 17 de enero de 2005, de conformidad además con la documental que se allega a folio 14 del expediente, es decir el Registro Civil de Defunción, distinguido con el N° 5591898, en el mismo sentido no hay discusión alguna sobre el número de semanas cotizadas por el causante durante su vida laboral, correspondientes a 523 semanas realizadas de forma exclusiva al Régimen de Prima media con prestación definida, pues así lo manifiestan ambas partes, no solo el escrito de la demanda y contestación de la demanda, sino las alegaciones de conclusión, además de encontrarse también acreditado en el estudio del expediente Administrativo, y en las Resoluciones que reitero fueron aportadas a folios 18 y 28 del expediente, finalmente esas mismas Resoluciones evidencian que la demandante en calidad de compañera permanente del causante, presento solicitud de la Pensión de Sobrevivientes, ante la demandada, quien negó el derecho reclamado bajo el argumento que el afiliado fallecido, no cumplió con el requisito de 50 semanas exigidas por la ley 797 de 2003, y tampoco le es aplicable el principio de la condición más beneficiada en la forma solicitada.

Aclarado lo anterior, debe entonces el Despacho recordar que la doctrina del precedente vertical ha sido constante, pacífica y reiterativa, en manifestar que en materia de Pensión de Sobrevivientes el principio general que aplica es que la Norma para resolver la controversia es la vigente al momento del fallecimiento del Pensionado o afiliado, en este caso brota palmario que la Norma vigente al momento del fallecimiento del causante es decir el 17 de enero de 2005, era del artículo 12 de la ley 797 de 2003, que reformo el artículo 46 de la ley 100 de 1993, sin embargo pese a lo establecido por la doctrina del precedente vertical, recordemos que la demandante pretende que le sea aplicable el decreto 758 de 1990, al indicar que su esposo o compañero permanente era beneficiario del Régimen de Transición, establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, al respecto lo primero que se debe aclarar es que el Régimen de Transición puesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se estableció exclusivamente para para Pensión de Vejez, y con relación a las pensiones de In validez y Sobrevivientes no ha existió un Régimen de Transición en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, a si incluso lo manifestó también la doctrina del precedente vertical, recientemente lo hico en la sentencia del 10 de julio del año que transcurre, dentro radicado 69253 con ponencia del H. Magistrado FERNANDO CASILLO CADENA, en el cual recordó textualmente debe señalarse que de antaño ha sido reconocido por esta Sala que el Régimen de Transición fue contemplado para la prestación originada en el riesgo de vejez, artículo 36 de la ley 1000 de 1993, lo cual trae como consecuencia el respeto de los requisitos de edad, tiempo de servicio, a la entrada en vigencia de ese Régimen de Pensiones, así como el monto de la pensión en caso de acceder a la misma, no obstante dicho régimen no fue establecido para las pensiones ocasionadas por los siniestros de invalidez, y muerte. Es por ello que no es de recibo la premisa la de parte accionante de que al ser beneficiario al Régimen de Pensión del afiliado debía ser aplicado los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, cuando el fallecimiento ocurrió realmente en el año 2005, a menos que hubiese tenido un derecho adquirido que no es el caso específico, no obstante para este tipo de circunstancias como en materia laboral ciertos principios protectores resulta necesario tener en cuenta que del precedente vertical este tema también debe ser abordado como se plantea en el escrito de la demanda con relación al principio de la relación más beneficiosa, pues se trata de determinar la Norma más aplicable para el reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes, de suerte que la discusión se centraría entonces en determinar cuál es la Norma aplicable para el reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes, a la demandante es decir si es el Decreto 758 de 1990, como lo indica el escrito inaugural, o la 797 de 2003, que se encontraba vigente en el momento que falleció el causante tal como lo manifiesta la demandada, en ese orden de ideas también recordemos que la Sala Laboral de La Corte Suprema, en la sentencia del 25 de enero del año 2017 y dentro del radicado 45262, en una Ponencia conjunta de los del H. Magistrados DR. FERNANDO CASTILLO CADENA Y GERARDO BOTERO ZULUAGA, señaló que el principio de la condición más beneficiosa no debe ser estudiado insularmente por cuanto su efectividad se haya en la sucesión normativa, y por consiguiente resulta de gran importancia para su mayor entendimiento memorar los efectos de la ley en el tiempo, así como las figuras de los derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas, por lo tanto se seguirá este postulado propuesto para determinar con exactitud la norma aplicable en el caso que ahora nos ocupa, así las cosas la Corte, recordó que los efectos de la ley en el tiempo son tres.

Primero, se habla de la irretroactividad de la ley, cuyo fundamento en materia laboral se encuentra en artículo 16 del Código Sustantivo de

Trabajo, y en virtud del cual las normas de trabajo por ser de orden público tienen efecto general inmediato y no retroactivo, en cuanto pueden afectar situaciones definidas o consumadas con arreglo a la ley anterior. retrospectiva

En segundo lugar, se habla de la retrospectivita en virtud de la cual la aplicación de una ley nueva se realiza de manera inmediata a situaciones que están en curso y que no han quedado definidas conforme a leyes anteriores, y finalmente se habla de la ultra actividad, conocida como posibilidad de subsistencia en el tiempo de los efectos de un precepto derogado, en aquellos casos en que los derechos causados bajo su imperio sean reclamados posteriormente. Con relación a los derechos adquiridos las expectativas de derechos expectativas legítimas y las meras expectativas, la misma Alta Corporación indicó: primero, se entiende que hay un derecho adquirido cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir es aquel derecho que ha entrado en el patrimonio de la persona, en el caso de la pensión de sobrevivientes, la Corte indico que derecho adquirido se verifica cuando un empleado muere y ha cumplido con la totalidad de las semanas mínimas de cotización que establece l ley vigente al momento de la muerte.

Segunda, con relación a la expectativa legítimas se ha entendido que estas implican una esperanza en que, el Legislador no modifique los requisitos de forma abrupta o intempestiva de determinado derecho para aquellas personas que están más cercas de adquirir, en el caso de la Pensión de Sobrevivientes la Corte indico, que existen existe una expectativa legítima cuando el afiliado ha cotizado las semanas mínimas que exige la ley para exigir la contingencia pero aún no ha ocurrido la muerte, y finalmente la Corte explico que las meras expectativas no constituye ningún derecho estas se dan cuando no se tienen cumplido ninguno de los requisitos legales. Bajo ese horizonte para atenuar de alguna manera los efectos de un cambio abrupto en las Normas aplicables en cierta materia dada una reforma legal, el Legislador ha optado por implementar los regímenes de transacción dado que los cambios legislativos establecen requisitos más exigentes de acceso a las prestaciones, las justificaciones de establecer un Régimen de transición aparecen lógico para lograr un tránsito armónico y pacífico, que minimice las consecuencias que pudieran resultar tanto en la población que tenía una expectativa legítima frente al acceso al derecho como el proveedor del derecho en este caso el Estado, por ejemplo en sus necesidades de hacer sostenible financiera y económicamente el sistema de derechos prestacionales, no obstante lo anterior en algunas ocasiones se escapan al legislador ciertas consecuencias indeseables, por injustas e inequitativas derivadas del tránsito Legislativo, que ameritan tanto desde el punto de vista Constitucional como legal, la aplicación de los principios como el de la condición más beneficios para resolver el problema social que ocasiona por la implementación del nuevo ordenamiento, dichas esas precisiones la Corte ha señalado como características de la condición más beneficiosa la siguiente.

En primer lugar, se trata de una expectativa o excepción al principio de la retrospectiva, ya que es un mecanismo que permite atenuar la rigurosidad en principio de la aplicación generala inmediata de la ley, pues permite que la disposición derogada permanezca vigente en precedencia de una situación concreta materializa en una expectativa legítima conforme a la ley anterior.

En segundo lugar, este principio opera en la sucesión o transito legislativo, lo anterior teniendo en cuenta que el transito legislativo corresponde a un momento único, que se da en forma simple cuando se sanciona o se promulga una nueva ley, de suerte que es el Legislador quien define la preterición y el laso por el cual se otorga un Régimen de transición, pues de no hacerse debe estarse en principio a la aplicación de inmediata de la ley.

En tercer lugar, este principio procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro, pues no es admisible aducir como parámetro a la aplicación de la condición más beneficiosa cualquier norma que haya regulado el asunto en algún momento histórico en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la Seguridad Social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regula el caso, es decir el Juez no puede desplegar un ejercicio histórico a fin de encontrar alguna otra legislación más allá de la que haya precedido a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso para darle un efectos plus sustantivos a la norma así lo señalado recientemente la en esa sentencia del 10 de julio del año 2019, dentro del radicado 69253 con Ponencia del Magistrado Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA, en la cual indico frente a este tema en concreto, la Corte ya advertido que no es posible realizar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores al fallecimiento, hasta acomodar al caso concreto la norma que mejor avenga en caso particular o resulte más favorable y con ello una aplicación plus, ultra activa de la ley, lo cual además desconoce no solo que las leyes sociales de aplicación inmediata, sino también que en principio rigen hacia el futuro.

En cuarto lugar, se ha señalado que principio de la condición más beneficiosa entra en vigor, solamente a falta de un Régimen de transición, porque de existir tal Régimen no habría controversia alguna originada por el cambio, normativo dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente y su coexistencia en el tiempo con la nueva, conviene precisar que como se señaló anteriormente en relación con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no ha existido un el Régimen de Tracción en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo ello no ha sido óbice para que el operador jurídico busque el principio de favorabilidad atreves, por ejemplo de la definición del derecho adquirido recayendo en la fecha de estructuración buscando normas de acceso más favorables rigen que al momento de la declaratoria, de manera general que en presencia del Régimen de Transición la condición más beneficiosa no podría aplicarse, pues haría anulatorios todo los beneficios y económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y desde el umbrala debe aplicarse en torno a Normas de impacto inmediato.

En quinto lugar, el principio de la condición más beneficiosa, se aplica no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa pues para ellos la nueva ley puede modificarle de Régimen Pensional sino a un grupo de personas que si bien no tienen un derecho adquirido se ubican en una posición intermedia conocido como expectativa legítima, habida cuenta que poseen una posición jurídica y fáctica concreta, verbo y gracia de haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada, finalmente se ha señalado que este principio respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma, esto con ocasión a que el objeto de primordial de la confianza legítima, es amparar una expectativa legítima, entendida esta como aquella esperanza que se tiene en que el legislador no modifique los requisitos de forma abrupta o intempestiva, de determinado derecho para aquellas

personas que están más cerca de adquirir, teniendo en cuenta todo lo estudiado por la doctrina del precedente vertical, la Corte recordó que la condición más beneficiosa es un mecanismo que busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general inmediata a la ley, protege un grupo poblacional con expectativa legítima no con derecho adquirido que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exige reglamentación la derogada para la para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez, finalmente al ser excepcional su aplicación necesariamente es restringida y temporal, sin perder de vista lo anterior la Corte también enfatizó en que el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten entre la anterior y la nueva ley a aquellas personas que ingresen en una situación jurídica contraria con el único objetivo que en la medida que lo recorre paulatinamente vaya los niveles de cotización que la norma actual exige, con esto al tratar de establecer un periodo o límite de aplicación del principio de la condición más beneficiosa entre la ley 100 de 1993, y la ley 797 del 2003, la Corte señaló que el mismo sería de 3 años a partir de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, por ser un periodo en que los afiliados al sistema de pensiones reúnen la densidad de semanas de cotización de la nueva normativa, esto es la suma de 50 semanas de cotización, para que una vez verificada la contingencia de la muerte los causavientes puedan acceder a la prestación correspondiente, de manera que descendiendo de toda esa doctrina del precedente vertical bajo ese parámetro jurisprudencial, se obtiene un equilibrio y se conserva razonablemente un lapso determinado de 3 años, de suerte que los derechos en curso de adquisición se respetaban para determinadas personas, las semanas mínimas establecida en la ley 100 de 1993, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se inclina al cumplimiento ulterior de una condición que es la muerte, lo anterior quiere decir que entre el 29 de enero de 2003, y el 29 de enero de 2006, el texto original del artículo 46 de la ley 100 de 1993, continúa produciendo sus efectos en virtud del principio de la condición más beneficiosa para las personas con una expectativa legítima, esto quiere decir que durante este periodo a quienes no tenían una expectativa legítima, le es aplicable en la norma establecida en la ley 797 de 2003, ahora bien para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la Corte señaló una serie de reglas que se deben observar en dos vías, primero por un lado al momento de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, esto es el 29 de enero de 2003, y por el otro al momento que el afiliado fallece, teniendo en cuenta lo anterior indico una primera hipótesis según la cual si el afiliado se encontraba cotizando al momento del cambio normativo esto es al 29 de enero de 2003, y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, por tener una expectativa legítima es posible aplicarle el principio de la condición más beneficiosa si su muerte ocurría entre la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, y el 29 de enero de 2006, por el contrario si el afiliado se encontraba cotizando pero no había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, este no es poseedor de una situación jurídica concreta y consecuencia se le debe aplicar en rigurosidad la ley 100 de 1993, con ocasión del principio de la retroactividad de la ley, pues en este último evento el afiliado no cuenta con la expectativa legítima ni mucho menos con un derecho adquirido, por otro lado señaló como segunda hipótesis que si el afiliado no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo, esto es el 29 de enero de 2003, pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, es decir desde el 29 de enero de 2002, y el 29 de enero de 2003, es perfectamente aplicable el principio de la

condición más beneficiosa, si el afiliado llegara a morir entre la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, y el 29 de enero de 2006, pues cumplía con la densidad de semanas de cotización dentro del interregno establecido en la ley 100 de 1993, por el contrario si el afiliado no se encontraba cotizando para el momento de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, y tampoco contaba con 26 semanas o más de cotización del año inmediatamente anterior a la fecha de entrada en vigencia de la ley, no tiene una situación jurídica concreta, no cuenta con una expectativa legítima, y por ende también se aplica en todo rigor la ley 797 de 2003, descendiendo al caso que ahora nos ocupa, advierte el despacho que Colpensiones negó el reconocimiento económico, bajo el argumento de que el afiliado fallecido no contaba con la densidad de semanas que señala el artículo 12 de la ley 797 de 2003, es decir no había cotizado las 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, frente a estas circunstancias ya quedo claro que tratándose de pensiones de sobreviviente, la norma aplicable es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado, de suerte que el causante, LUIS ALBERTO GUZMAN VALDERRAMA (Q.P.D), murió el 17 de enero de 2005, momento en el cual se encontraba vigente la ley 797 de 2003, es decir que por regla general la disposición aplicable para el estudio de la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama, al revisar las condiciones establecidas en el artículo 12 de la ley 797 de 2003, se tiene que, para adquirir la pensión de sobrevivientes, el afiliado debió haber cotizado 50 semanas en los tres últimos años inmediatamente anterior al fallecimiento, al revisar la foliatura se encuentran que la misma parte demandante, aporto a folio 28 el reporte de semanas cotizadas por el causante, el cual se evidencia que cotizo un total de 523.86 semanas, realizando su última cotización el 9 de mayo de 1984, de allí brota palmario que dentro del periodo comprendido entre el 17 de enero de 2002, 17 de enero de 2005, tres años previos a su muerte el causante no realizo cotizaciones al sistema general de pensión, y por lo tanto no cumplió con el requisito legal que implica 50 semanas en ese periodo, por tal razón no es posible acceder a ese derecho bajo el precepto de la ley 797 de 2003, continuando el análisis de la forma propuesta por la jurisprudencia el precedente vertical es necesario entonces verificar si en el presente asunto es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa afín e estudiar el derecho reclamado, bajo la normatividad inmediatamente anterior al artículo 12 de la ley 797 de 2003, esto es el artículo 46 de la ley 100 de 1993, en su texto original y no el decreto 758 de 1990, como se plantea en el escrito de la demanda, acudiendo nuevamente a la documental obrante a folio 28 del expediente se evidencia que el causante no se encontraba cotizando al sistema general de seguridad social en pensiones al momento de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, 29 de enero de 2003, lo que indiscutiblemente nos lleva a ubicarnos en la segunda hipótesis analizada anterior mente por la doctrina del precedente, en dicha hipótesis se mencionó que era necesario que el afiliado hubiera cotizado al menos 26 semanas o más, dentro del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, como presupuesto para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa, no obstante en el presente asunto dicha circunstancia tampoco se cumple, ya que entre ese 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, el causante tampoco realizo cotizaciones al sistema, lo cual implica que no contaba con una expectativa legítima, ni mucho menos con un derecho adquirido que permita la aplicación del principio estudiado, en ese orden de ideas no es posible aplicar entonces el principio de la condición más beneficiosa, devolviéndose eternamente hasta el decreto 758, lo cierto es que al revisar incluso el artículo 46 de la ley 100 de 1993, en su texto original tampoco se llenan los requisitos en la medida en que el causante deajo de

cotizar al sistema el 9 de mayo de 1984, es decir no se realizaron aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo su deceso, razones suficientes para absolver a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, dado el análisis anterior el despacho se releva del estudio de los medios exceptivos propuestos por la demandada, en cuanto a las costa y agencias en derecho, para este juzgado no hay lugar para condenar ni en costas ni en agencias en derecho a la parte demandante.”

Inconforme con la decisión, la parte demandante, interpone **recurso de apelación** en los siguientes términos:

“Respetuosamente solicito Recurso de Apelación, indicando que efectivamente que para la parte demandante es claro que, frente al tema de Pensiones de Sobrevivientes, no existe normatividad o régimen de transición, que haya establecido ni la ley 100, ni la ley 797, dado esa situación pues nosotros hemos acogido en virtud del principio de favorabilidad o de como lo establece la doctrina del precedente vertical, la condición más beneficiosa, para lo cual tomamos como lo había indicado inicialmente la sentencia unificación 005 del 2018, de la Corte Constitucional, la cual indica su numeral 164 “no obstante para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la Seguridad Social, mínimo vital y a las condiciones dignas cuando quien pretende el acceso a la Pensión de Sobreviviente es una persona vulnerable, en este caso como la misma Corte lo indica la demandante se encuentra en estado de vulnerabilidad dado su condición de tercera edad, bajo ese argumento hemos sustentado la demanda bajo la condición más beneficiosa puesto que la misma Corte indica que en estos casos de estas condiciones de vulnerabilidad es pertinente la posibilidad de aplicar la condición más beneficiosa con la norma inmediatamente anterior, que en este caso sería el Acuerdo 049 del 90, y el Decreto 758 del 90, adicional a eso la misma Corte ha indicado que pues para esta aplicación se requería que el causante en este caso, tuviera más de 300 semanas cotizadas al momento de la entrada en vigencia de la ley 100, lo cual es el caso del causante puesto que, todas sus semanas fueron anteriores a la ley 100, tenía 523, entonces bajo ese precepto aplicaría claramente esta condición, respeto el criterio de la Corte Suprema de Justicia y el tomado por el Despacho bajo ese mismo alineamiento, solicitaría que el expediente fuera enviado al Superior jerárquico para quien fuera quien resolviera esta situación, por lo que solicito a usted, aprobar mi RECURSO DE APELACION.”

CONSIDERACIONES

Así cosas el problema jurídico consiste en determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en los términos indicados por el apelante, esto es, dando aplicación a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa.

En este caso la demandante solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y COLPENSIONES negó tal prestación mediante resoluciones No. SUB 295079 del 14 de noviembre de 2018 (fl.- 25-27), sub 321987 del 11 de diciembre de 2018 (fl.- 22 – 24) y DIR 21749 del 18 de diciembre de 2018 (fl.- 18 – 21), argumentando para ello que el causante, únicamente cotizó 523 semanas, de las cuales ninguna lo fue dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento.

Para resolver lo anterior se tiene que el causante LUIS ALBERTO GUZMAN VALDERRAMA **falleció el 17 de enero de 2005** (fl.14), por tanto, la norma aplicable es la vigente al momento en que ocurra el fallecimiento conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entonces, en este asunto debe estudiarse la prestación solicitada según los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que señala en su numeral 2°, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Ahora bien, de la revisión del reporte de semanas cotizadas y que fue allegado por la parte actora como anexo de su demanda a folio 28 se encuentra que el causante cotizó 523, 86 semanas de cotización, y tal y como señaló la demandada en sus diversas resoluciones, ninguna de éstas semanas lo fue dentro de los tres años de que habla la norma antes mencionada, ya que la última cotización que efectuó fue la correspondiente para el mes de **mayo de 1894**, por lo que claramente no se cumplen los presupuestos de la norma a fin de lograr el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Ahora bien, se encuentra que la parte actora en su recurso y en sus alegaciones de instancia, solicita se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes dando aplicación a los principios de favorabilidad y de condición más beneficiosa.

Ahora en cuanto al principio de favorabilidad, es necesario señalar desde ya, que el mismo no es aplicable en el presente caso, ya dicho principio hace referencia a la existencia de un conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes, y en el presente caso se tiene que la norma que pretende la parte actora, es el acuerdo 049 de 1990, pero esta norma no se encuentra vigente.

En el presente caso, es aceptado por la parte demandante, que en efecto, no acredita la densidad de cotización exigida por la Ley 797 de 2003; y por ello solicita la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, al respecto se encuentra que el principio de la condición más beneficiosa, permite acudir a la legislación Inmediatamente anterior, a la que se encontraba vigente al momento del deceso del causante, que para el caso bajo estudio, es la Ley 100 de 1993 en su texto original, siendo improcedente estudiar la prestación como se peticiona.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento radicado No. 65125 del 20 de junio de 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la legislación que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el ad quem, la disposición que rige el asunto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, cuyos requisitos no cumplió el causante dado que no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores al deceso.

Ahora, como el censor persigue que el asunto se resuelva bajo la égida del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que no es viable la aplicación plus ultractiva de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del de cujus o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro.

Esa ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL1689-2017, CSJ SL1090-2017, CSJ SL2147-2017, CSJ SL353-2018, CSJ SL149-2018 y CSJ SL034-2018.

En ese orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos establecidos para la pensión de sobrevivientes en el Acuerdo 049 de 1990 como lo pretende el recurrente, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite. (negrita fuera del texto original).

El transcrito criterio jurisprudencial, cuya observancia es preferente sobre los criterios emanados por la Corte Constitucional señalados por la recurrente, determina la inviabilidad de las pretensiones, al no ser posible dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990; ahora bien, en el presente caso se observa que el causante tampoco cotizó en vida la densidad de semanas exigidas por la Ley 100 de 1993, esto es, 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, pues en dicho interregno temporal, no efectuó cotización alguna, siendo que la última, como ya se indicó data del 9 de mayo de 1984, como se verifica de historia laboral visible a folio 28, por lo que tampoco es posible acceder a lo pretendido bajo dicha preceptiva legal.

Por lo anterior habrá de confirmarse en su totalidad la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
SALVO VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

SALVAMENTO DE VOTO

En mi criterio, el derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, pues si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que para la fecha en que dicha norma entró en vigencia había cumplido todos los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar la prestación reclamada.

Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990 y por tratarse de un seguro para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de su núcleo familiar a una pensión de sobrevivientes nacía o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA- “el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”. Esta densidad la definía el artículo 6° del mismo decreto, en el cual se exigen 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez (muerte), o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado. Sobre la materia, el literal del artículo 26 del citado decreto, dice: “la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado”. Esta norma hizo una correcta distinción entre el momento en que se causa la prestación –por un lado-, y el momento en que procede el reconocimiento de la primera mesada –por el otro-, asunto de capital importancia en cuanto de su comprensión dependerá la adecuada escogencia de la norma que regula el derecho de cada afiliado.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado